

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**CURSO DE DIREITO**

**RENAN DIAS PETRI**

**A inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão,  
sem prévia licitação, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95**

**FLORIANÓPOLIS**

**2014**

**RENAN DIAS PETRI**

**A inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão,  
sem prévia licitação, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de  
Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal de Santa Catarina para a conclusão do  
Curso de Graduação em Direito

Orientação: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

**FLORIANÓPOLIS**

**2014**



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

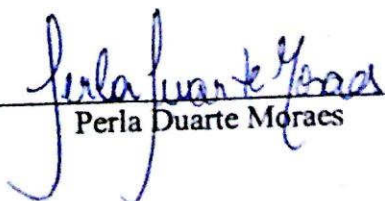
### TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **A inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão, sem prévia licitação, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95**, elaborada pelo acadêmico **Renan Dias Petri** defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 14/07/2014.

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Luis Carlos C. de Olivo

  
\_\_\_\_\_  
Mikhail Cancellier

  
\_\_\_\_\_  
Perla Duarte Moraes



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

### **ATA DE SESSÃO DE AVALIAÇÃO** **DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Aos 14 dias do mês de julho do ano de 2014, às 17h, na Sala 405 do CCJ, foi realizada a defesa pública da monografia intitulada **A inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão, sem prévia licitação, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95**, elaborada pelo acadêmico Renan Dias Petri, matrícula nº 09205040; apresentada e defendida em sessão pública de arguição e avaliação sendo devidamente aprovada perante a Banca Examinadora composta pelos membros **Luis Carlos Cancellier de Olivo**(Presidente), **Mikhail Cancelier** e **Perla Duarte Moraes**, abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 10,0 (10,0), e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, atendido o disposto na Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 14/07/2014.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Luis Carlos C. de Olivo

\_\_\_\_\_  
Mikhail Cancellier

\_\_\_\_\_  
Perla Duarte Moraes



À Tânia, minha mãe, por me ensinar o valor da gratidão.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe, Tânia Aparecida Dias Petri, por tudo. Sem ela nenhum sonho seria possível, sem ela nada faria sentido.

Agradeço, também, a toda minha família. Em especial à Tia Sandra, ao Tio Zinho, ao Jossan e ao Ivan, por terem dado tanto apoio a mim e a minha mãe. Nada que eu faça na vida vai ser capaz de retribuir tudo que eles fizeram por mim.

Não seria possível deixar de agradecer aos amigos que fazem a caminhada ser um pouco menos árdua. Thiago, Fortinho, Japa, Fê, Veck, obrigado pela amizade de vocês.

Aos companheiros da jornada acadêmica, rendo, também, meus agradecimentos. Douglas, Caio e Greco, obrigado por me ajudarem a carregar o piano.

Ao Dr. Hildo Nicolau Peron, Juiz Federal substituto, agradeço pelos valiosos ensinamentos jurídicos, mas, principalmente, pelo exemplo de profissional a ser seguido.

Agradeço, na pessoa do meu orientador Professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo, à Universidade Federal de Santa Catarina pelos anos de aprendizado que me proporcionou.

Por fim, obrigado Dani, minha namorada, minha branquinha. O teu sorriso ilumina a minha vida. Você me dá esperança.

Não vos preocupeis com o dia de amanhã.  
O dia de amanhã terá suas próprias dificuldades.  
A cada dia basta seu fardo.  
(Mateus 6:34)



## RESUMO

Esse trabalho visa discutir a possível inconstitucionalidade observada no artigo 27 da Lei nº 8.987/95, que possibilita a alteração do concessionário de serviço público sem a realização de licitação prévia, bastando a autorização do poder concedente. Ou seja, permite que o concessionário originário, aquele que venceu o certame, possa ceder a sua concessão para outra pessoa jurídica que se sub-rogará na posição de concessionário, desde que haja autorização da Administração Pública, em flagrante contradição com o artigo 175 da Constituição Federal que determina a realização de licitação sempre que o Estado queira conceder a prestação de um serviço público à iniciativa privada. Terá por base a explicitação da imprescindibilidade da realização de licitação como forma de dar concretude aos diversos princípios constitucionais que regem a administração pública e as concessões de serviço público. Por fim será exposto o trâmite da ADI nº 2.946, na qual o Supremo Tribunal Federal deverá se posicionar acerca da (in)constitucionalidade do artigo vergastado.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987. Concessão de serviço público. Cessão da concessão. Direito Administrativo. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

This paper aims to discuss the possible unconstitutionality found in Article 27 of Law No. 8.987/95, which enables changing the public concessionaire without conducting prior bidding simply by the authorization of the public administration . In other words, this article allows the first concessionaire , who won the bid, to assign his concession to another legal person who will assume the position of concessionaire- with only an authorization of the public administration , in flagrant contradiction with Article 175 of the Federal Constitution which determines the conduct of bidding if the state desires to provide a public service to the private sector . It will be based on the clarification of the indispensability of conducting bidding as a way to give concreteness to the various constitutional principles governing public administration and public service concessions . Finally the processing will be exposed ADI No. 2.946 , in which the Supreme Court must be positioned on the (un) constitutionality of Article swished .

**Keywords:** unconstitutionality of art. 27 of Law No. 8987. Public service concession. Assignment of the concession. Administrative Law. Constitutional Law.

# SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>12</b> |
| <b>1. CAPÍTULO I – Nocões Gerais Acerca das Concessões de Serviço Público.....</b>                   | <b>14</b> |
| 1.1 Serviço Público .....  | 14        |
| 1.2 As Parcerias Público-Privadas latu sensu .....   | 16        |
| 1.2.1 Concessão de Obra Pública .....  | 17        |
| 1.2.2 Permissão de Serviço Público .....   | 18        |
| 1.2.3 Autorização de Serviço Público .....   | 19        |
| 1.2.4 PPP’S (Lei 11.079/2004).....   | 20        |
| 1.3 Histórico e definição de concessão de serviço público .....                                      | 23        |
| 1.4 Natureza jurídica da concessão de serviço público. ....  | 25        |
| 1.5 Aspectos gerais do regime jurídico de concessão de serviço público .....                         | 28        |
| 1.5.1 As partes e suas posições jurídicas .....  | 28        |
| 1.5.2 Os princípios .....  | 31        |
| 1.5.2.1 Princípio da Inaplicabilidade da cláusula da exceção do contrato não cumprido.....           | 32        |
| 1.5.2.2 Princípio da extinção da concessão por razões de interesse público - .....                   | 32        |
| 1.5.2.3 Princípio do devido processo legal para alteração das normas regulamentares do serviço ..... | 33        |
| 1.5.2.4 Princípio da razoabilidade da remuneração da concessionária .....                            | 34        |
| 1.5.2.5 Princípio do equilíbrio econômico-financeiro da concessão .....                              | 34        |
| 1.5.3 O serviço público adequado .....   | 36        |
| 1.5.4 Formas de extinção .....   | 38        |
| <b>2 CAPÍTULO II – A Essencialidade da Licitação para as Concessões .....</b>                        | <b>43</b> |
| 2.1 Obrigatoriedade de Licitar – artigos 37, XXI e 175 da CRFB .....                                 | 43        |
| 2.2 Aspectos relevantes e princípios da licitação na Lei nº 8.987/95 .....                           | 45        |
| 2.3 Dispensa e inexigibilidade de licitação nas concessões de serviço público .....                  | 53        |
| <b>3 CAPÍTULO III - Subcontratação, Subconcessão e Cessão da concessão .....</b>                     | <b>57</b> |

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| 3.1      | Subcontratação – art. 25 da Lei nº 8.987/95.....  | 57        |
| 3.2      | Subconcessão – art. 26 da Lei nº 8.987/95 .....   | 60        |
| 3.2.1    | Subconcessão propriamente dita .....  | 60        |
| 3.2.2    | Subconcessão “imprópria” .....  | 63        |
| 3.3      | Transferência da concessão e transferência do controle acionário da concessionária –art. 27 da Lei nº 8.987/95..... | 70        |
| <b>5</b> | <b>CONCLUSÃO.....</b>   | <b>82</b> |
| <b>6</b> | <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>84</b> |

## INTRODUÇÃO

O modelo de estado liberal, que previa atribuições em número reduzido ao Estado, começou a ruir no final do século XIX. As revoltas populares, principalmente as ocorridas na Europa, fizeram com que os ordenamentos jurídicos, por todo o ocidente, comessem a incluir em seus textos obrigações sociais para o Estado, buscando, dessa forma, satisfazer o interesse público e o bem estar social.

Diante desta mudança paradigmática de Estado, houve um aumento demasiado da estrutura estatal, justamente com o escopo de atender aos seus novos desafios. Todavia, tal expansão ocasionou uma espécie de letargia da máquina pública que se mostrou, de todo, ineficiente e incapaz de alcançar seus objetivos de promoção social.

Esse foi o contexto histórico que propiciou o surgimento das parcerias entre Estado e iniciativa privada, ou seja, a busca da eficiência privada na realização de obrigações de cunho público.

Atualmente, no Brasil, o alargamento das obrigações do Estado, aliado ao fato do tempo já transcorrido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, possibilitou uma maior consciência, por parte da população, dos direitos que lhes são atribuídos. Isso fez com que a ineficiência do Estado ficasse ainda mais flagrante.

Assim, diante desse contexto, se tornou imperiosa a aproximação entre Poder Público e iniciativa privada, principalmente no que tange aos serviços públicos, os quais, em determinados casos, são prestados pelo particular mediante autorização do poder público, autorização, esta, que pode ser denominada de diversas formas, a depender das características específicas.

Dessa forma, serviços importantíssimos, como energia elétrica, transporte público e telefonia, foram transferidos aos particulares, residindo aí a importância do tema, haja vista que os meios de deslocamento da obrigação pública para o âmbito dos interesses particulares devem ser muito bem compreendidos e fiscalizados principalmente quando se analisa a questão sob a ótica da continuidade da prestação do serviço, a qual não pode e não deve repousar apenas no interesse do lucro mas, sim, na qualidade e dignidade da vida do cidadão.

Presentemente está em curso no STF, já conclusivo para voto do relator, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946, na qual a Procuradoria Geral da República pede a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da lei nº 8987/95, estando, nesta futura decisão, a novidade do trabalho e o interesse do autor, uma vez que o impedimento definitivo de transferência de concessão sem a prévia licitação fundará novos marcos e definirá novo paradigma no Direito Administrativo nacional, posicionando a licitação e a isonomia afrente de quaisquer outros interesses e equilibrando, de forma a privilegiar os comandos constitucionais, a relação entre o público e o privado.

Por tudo isso, é que serão expostos, no primeiro capítulo desse trabalho, o conceito de serviço público, uma vez que tal definição é elementar ao estudo das concessões de serviço público. Em seguida, serão, ainda que sucintamente, expostas as diversas formas de parceria público-privada (*latu sensu*), objetivando dar maior relevo às diferenças existentes entre elas e a concessão de serviço público regulada pela Lei nº 8.987/95, buscando, com isso, apresentar a definição de concessão de serviço público dada pela doutrina, bem como trazer a lume a natureza jurídica desse instituto e os aspectos mais relevantes do regime jurídico aplicado.

Já no segundo capítulo, será exposta breve noção acerca da história do instituto das licitações públicas, como elas surgiram pelo mundo e de que forma adentraram no ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, o foco desviará para os princípios e aspectos mais relevantes da licitação voltada para a concessão de serviço público, uma vez que o procedimento legalmente previsto diverge substancialmente do estabelecido na Lei nº 8.666/93. Por fim, serão demonstrados os casos em que a lei autoriza a outorga direta de um serviço público sem a prévia licitação, justamente para repisar a diferença substancial entre esses casos e a previsão do art. 27 da Lei nº 8.987/95.

No terceiro capítulo, por sua vez, será examinado o art. 27 da Lei nº 8.987/95, elencando as hipóteses nele contidas. Será demonstrada, também, a grande divergência doutrinária acerca da (in)constitucionalidade do referido artigo, para, em seguida, expor o trâmite, no Supremo Tribunal Federal, da ADI nº 2.946 que trata, justamente, da suposta inconstitucionalidade do referido artigo.

# 1. CAPÍTULO I

## 1.1 Serviço Público

Antes que se possa definir com precisão o que é concessão de serviço público, é necessário que, primeiro, sejam expostas, ainda que de maneira breve, as conceituações e considerações da doutrina brasileira acerca do próprio conceito de serviço público. Isso porque a compreensão deste instituto jurídico é essencial ao entendimento da relevância das concessões de serviço público, tanto no âmbito jurídico quanto no social.

A prestação do serviço público é uma das formas de que dispõe o Estado para intervir na economia, sendo a outra, justamente, a exploração da atividade econômica em sentido estrito. Contudo, o comando esculpido no art. 173 da Constituição Federal determina, como regra, que a intervenção do Estado na ordem econômica se faça por meio da prestação de serviço público, e somente nos casos específicos, quais sejam (1) para atender aos imperativos de segurança nacional e/ou (2) a relevante interesse coletivo, possa o Estado atuar de maneira interventiva diretamente no domínio econômico, por assim dizer. Ainda quanto a isso, nos alerta Justen Filho (2003, p.18):

Sob outro ângulo, a CF/88 determina que a atuação caracterizadora de serviço público subordina-se ao âmbito do Direito Público, Já a atividade econômica propriamente dita se enquadra, para inúmeros efeitos, nos limites do Direito Privado. Como decorrência, a prestação de serviço público (diretamente prestado pelo Estado ou por meio de particulares) far-se-á segundo os princípios e as regras do Direito Público. Já a atividade econômica (mesmo quando exercitada pelo próprio Estado) se regula pelo Direito Privado.

Nesse diapasão a pergunta que surge é a seguinte: Quais seriam, então, as atividades que necessariamente devem ser exercidas pelo Estado e quais aquelas que são da alçada da iniciativa privada?

Em verdade, não é possível estabelecer um conceito hermeticamente fechado de serviço público, haja vista que a delimitação do que é serviço público, além de variar em decorrência do tempo, se confunde com a própria concepção do Estado e de seu papel. Em tempo, segundo Grotti (2003, p.87 apud. MELLO, 2010, p.671)

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de dada atividade como serviço público em seu sistema jurídico remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano de escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Assim, temos que as definições de serviço público variam de acordo com as concepções sócio-políticas de um povo, estejam elas positivadas ou não. Nessa tocada, a doutrina brasileira tratou de conceituar o referido instituto à luz da realidade pátria. Há, sem dúvida, que se dar destaque a conceituação elaborada por Mello (2010, p.671), segundo o qual:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Tal conceituação está alinhada ao pensamento francês contemporâneo, conforme se vê:

O serviço público, por isso é uma actividade de interesse geral - gerida pela Administração ou por uma pessoa privada, desde que seja atribuída essa tarefa pelo governo e sujeito ao seu controle<sup>1</sup> (CHEVALLIER, 1971, p.20)

Dissecando as conceituações acima referidas, é possível perceber três aspectos distintos e relevantes: o subjetivo, o objetivo e o formal. O subjetivo diz respeito a quem presta o serviço (o Estado presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes). O objetivo, atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral (MELLO, 2010, p.671). Sobre o aspecto objetivo, Justen-Filho (2003, p. 30) tem posição marcante:

Quando se alude à satisfação de uma necessidade essencial, está a se indicar um vínculo de instrumentalidade direta e imediata entre a atividade e a dignidade humana. Sempre que uma certa necessidade humana for qualificável como manifestação direta e imediata da dignidade inerente ao ser humano, sua satisfação tenderá a produzir um serviço público

Ainda quanto ao aspecto objetivo, Di Pietro (2012, p.105) entende que é impossível estabelecer critérios desta ordem, uma vez que é o Estado quem decide o que é ou não serviço

---

<sup>1</sup> Le service public, c'est donc une activité d'intérêt général - géré par l'Administration ou par une personne privée, à condition que celle-ci soit investie de cette mission par les pouvoirs publics et soumise à leur controle (tradução nossa)



público, em outras palavras, não existe “possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria”.

Já quanto ao aspecto formal, mais uma vez temos posicionamentos muito diferenciados. Justen-Filho (2003) e Mello (2010) entendem que sempre será sob o regime de Direito Público, já Di Pietro (2010) considera o regime híbrido, a depender de qual atividade será prestada.

Independentemente do conceito ou da noção que se tenha acerca de serviço público, seja ela mais aberta ou mais fechada, o certo é que os serviços públicos são a maior e melhor forma que o Estado tem para cumprir suas obrigações constitucionalmente estabelecidas.

## **1.2 As Parcerias Público-Privadas *latu sensu***

Conforme dito anteriormente, as atribuições do Estado brasileiro se acentuaram demasiadamente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, consubstanciando uma verdadeira mudança de paradigma, do liberalismo para o Estado Social. Nesse contexto o Estado se viu incapaz de atender as novas demandas sociais.

Diante de tal constatação, foi imprescindível que o Estado buscasse auxílio junto à iniciativa privada. Para que tal cooperação fosse juridicamente possível, foram criados novos institutos para regular e disciplinar a forma pela qual se daria a relação entre o Estado, o parceiro privado e, principalmente, os beneficiários (via de regra, usuários) das atividades de titularidade do Estado desempenhadas pela iniciativa privada.

Frise-se, agora, que em razão dos objetivos desse trabalho, tais institutos jurídicos serão apenas, sucinta e exemplificativamente, expostos. Desta feita, é importante destacar que a expressão “parcerias público-privadas”, *latu sensu*, é um termo genérico que abarca, entre outras, as concessões, as permissões e as Parcerias Público-Privadas *strictu sensu* (Lei nº 11.079/2004). Nesse sentido, merecem destaque, ante a inegável semelhança que possuem com as concessões de serviço público, a concessão de obra pública, permissão de serviço público, autorização de serviço público e as parcerias público-privadas *strictu sensu*.

### 1.2.1 Concessão de Obra Pública

A própria Lei nº 8.987/95, em seu art. 2º, III, define, ainda que com certa impropriedade, a concessão de obra pública da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

III- concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Di Pietro (2011, p. 130) assim define esta modalidade de concessão:

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços e utilidades que a obra proporciona.

Quanto à impropriedade do dispositivo legal, a mesma doutrinadora alerta que:

o conceito contido no art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.98, embora fale em “concessão de serviço público precedida de obra pública”, na realidade admite que, após o término da obra o concessionário apenas explore comercialmente a própria obra, sem prestar necessariamente um serviço público (DI PIETRO, 2011, p.131)

Em resumo, assemelha-se à concessão de serviço público pelo fato de não ser o concessionário remunerado pelo poder concedente, e se diferencia por não haver, necessariamente, a prestação de um serviço público, bastando a exploração econômica.

### 1.2.2 Permissão de Serviço Público

Já a permissão de serviço público, prevista no art. 2º, IV da Lei nº 8.987, também é instituo assemelhado às concessões de serviço público. A doutrina tradicionalmente costuma salientar o caráter precário deste instituo, negando-lhe por vezes seu cunho contratual. Em outras palavras, seria dizer que nesta modalidade de parceria entre a administração pública e a iniciativa privada o permissionário teria garantias menores em face do Poder Público.

Convém destacar, contudo, que a doutrina, ante a exigência legal e constitucional de licitação prévia à concessão da permissão de serviço público, mitiga a precariedade deste instituto. Carvalho-Filho (2010, p. 157), a propósito, ensina que existem dois tipos de permissão:

Podemos considerar como admissíveis duas modalidades de permissão: 1) a permissão de uso de bens públicos, qualificado como ato administrativo unilateral, discricionário e precário (podendo, contudo, ser condicionada, como vimos); 2) a permissão de serviços públicos, com a natureza legal de contrato administrativo, bilateral e resultante de atividade vinculada do administrador em virtude da exigência normal de licitação para a escolha do contratado

A verdade é que a nova disciplina legal estabelecida pela Lei nº 8.987/95, a qual, inclusive, no parágrafo único do art. 40, dispõe expressamente que se aplicam as disposições dessa lei às permissões, sem nem ao menos mencionar “no que couber”, alterou as concepções clássicas de permissão, mitigando seu caráter precário, acentuando seu caráter contratual, e assemelhando muito os institutos da concessão de serviço público e permissão de serviço público, esvaziando, verdadeiramente, o significado do instituo da permissão, reservando-o apenas às permissões de uso de bem público que não são alcançados pela art. 175 da CRFB e pela Lei nº 8.987/95 . Vejamos a síntese de Carvalho-Filho (2010, p.157):

A Lei nº 8.987/95, referindo-se à permissão de serviços públicos, conferiu-lhe natureza jurídica contratual, considerando-a contrato de adesão,[401] isso com base no próprio art. 175, parágrafo único, inc. I, da CF, que já deixara dúvidas em seu enunciado, por transmitir a ideia de que a permissão de serviços públicos se revestiria de forma contratualizada.

A nova postura legal, portanto, descartou a permissão de serviços públicos como ato administrativo, da forma clássica como era considerada. Aliás, com o tratamento estabelecido na lei, fica difícil saber, em termos atuais, quais as linhas diferenciais efetivas que demarcariam a diferença entre a concessão e a permissão de serviços públicos.

Diante de tudo isso, reduziu-se a um mínimo de extensão o universo de atos administrativos de permissão. Podemos dizer, sem medo de errar, que, erradicados os atos administrativos de permissão de serviços públicos, restaram apenas os atos de permissão de uso de bens públicos, cuja disciplina não é alcançada nem pelo art. 175 da CF nem pela Lei nº 8.987/95.

Alexandrino e Paulo (2011, p. 680), utilizando-se de seu peculiar poder de síntese, oferecem-nos didáticas palavras acerca das diferenças existentes entre os institutos da permissão de serviço público e concessão de serviço público, sem, contudo, deixar de alertar que são apenas formais ou teóricas:

Conforme se constata, as poucas diferenças, formais ou apenas teóricas, entre concessão e permissão de serviço públicos, nos termos da lei, são:

- a) Há concessão para pessoas jurídicas ou consórcios de empresas, ao passo que as permissões podem ser celebradas com pessoas físicas ou jurídicas;
- b) as concessões obrigatoriamente devem ser precedidas de licitação na modalidade concorrência, enquanto as permissões devem obrigatoriamente precedidas de licitação, mas a lei não especifica modalidade determinada;
- c) a lei afirma que as permissões devem ser formalizadas em um “contrato de adesão”, aludindo “à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”, diferentemente, não se refere a “contrato de adesão” para qualificar o contrato de concessão, tampouco a “precariedade” ou a “revogabilidade unilateral” desse contrato.

Disso, conclui-se que a maioria das observações acerca das concessões de serviço público, mormente relacionadas à obrigatoriedade de licitar e (im)possibilidade de cessão, que forem feitas ao longo deste trabalho servirão, também, às permissões de serviço público.

### **1.2.3 Autorização de Serviço Público**

A autorização em comento, ainda que não tenha sido mencionada no art. 175 da CRFB, é uma forma, discricionária e precária, de delegação ao setor privado da exploração de um serviço público (previsto em lei como público). Contudo, neste caso, a exploração deste serviço público não é em benefício de terceiros, mas, sim, em benefício próprio do explorador. Vale dizer, segundo Di Pietro (1999, p.124):

A autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento a necessidades coletivas.

Traço, todavia, marcante de distinção entre concessão de serviço público, permissão de serviço público e autorização de serviço público, é que enquanto as duas primeiras são exercidas sob um regime de Direito público justamente por estarem voltadas ao atendimento das necessidades de interesse público, razão pela qual os concessionários e permissionários são investidos em prerrogativas de Estado, a última é exercida sem essas prerrogativas públicas, sendo, a autorização, apenas manifestação do poder de polícia da Administração Pública.

Marinela (2012, p. 574), ainda acerca do tema, acrescenta:

O fato de ser ato unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo. A formalização ocorre por decreto ou portaria. A realização de procedimento licitatório não é regra comum, haja vista que normalmente há caracterização de uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93).

Todavia, como de costume no Brasil, vêm ocorrendo distorções desse instituto através da estipulação de prazos para essas autorizações o que acaba mitigando o poder discricionário do Poder Público referente à revogação, ante a boa-fé que deve reger as relações jurídicas, em virtude de criar no particular justa expectativa de duração da autorização.

#### **1.2.4 PPP'S (Lei 11.079/2004)**

Esta modalidade de cooperação entre Poder Público e iniciativa privada é, sem dúvida, dentro do rol exemplificativo que nos propusemos a fazer, a mais importante. Isso porque, trata-se de uma “evolução” das concessões de serviço público clássicas.

Foi na Inglaterra que nasceu este instituto, No seio, portanto, da common law, tendo sido batizado de Private Finance Initiative (PFI), sendo este um dos flancos de um programa ainda maior do governo inglês chamado de public-private partnerships (PPP), o qual envolve privatizações, consórcios, concessões, entre outros. Ou seja, quanto à terminologia, o que nós chamamos de PPP (Lei nº 11.079) os ingleses chamam de PFI, e o que nós, brasileiros, chamamos de parcerias público-privadas latu sensu (ou apenas parcerias), os ingleses chamam somente de PPP (public-private partnerships).

De tudo antes dito, extraímos a seguinte síntese:

(...) há semelhanças no que diz respeito aos objetivos últimos do PFI e do programa brasileiro de PPP. Mais especificamente, o PFI é parte do programa inglês de public-private partnerships (o qual, como dissemos, envolve vários tipos de parceria entre Administração Pública e iniciativa privada) e foi desenvolvido na década de 1990, com o objetivo original de mover off-balance (para fora do balanço do ente público, de forma a não impactar o seu nível de endividamento) investimentos em infraestrutura.

Por meio do desenvolvimento de estrutura contratual capaz de transferir aos parceiros privados diversos riscos relacionados ao desenvolvimento do projeto, sua implementação e operação, foi possível contabilizar as despesas assumidas pela Administração sem impacto na dívida pública. Posteriormente já entre meados e final dos anos 1990, o foco do PFI deslocou-se da questão fiscal para a busca de eficiência econômica na contratação. (RIBEIRO e PRADO, 2007, p. 31)

Exposta a origem das PPP's, essencial que se conceitue a mesma de acordo com a legislação vigente no Brasil e as posições doutrinárias predominantes.

Pois bem, a Lei nº 11.079/04, em seu artigo 2º define:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens

Da leitura deste dispositivo legal, Di Pietro (2011, p. 131) extrai o seguinte conceito:

Para englobar duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que parceria público-privada é contato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do

parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contra prestação do parceiro público.

Já para Mello (2010, p. 773):

A Lei 11.079, de 30.12.2004 (DOU 31.12.2004) criou uma “espécie nova”, no Brasil, de concessão de serviço público ou obra pública(...). Vem instituir como modalidade de concessão, a chamada parceria-público privada e estabelecer normas para licitá-la.

Em outras palavras, as PPP'S são, de todo, muito semelhantes às concessões de serviço público comuns. Foram, contudo, criadas para que os riscos dos empreendimentos fossem compartilhados pelo Estado (art. 4º, VI da Lei nº 11.079), o qual, além de ser o poder concedente, passa a ser garantidor dos riscos do negócio e, também, financiador.

Por essas e outras razões, as parcerias público-privadas vem sofrendo duras críticas da doutrina, já que uma das razões que encampam a necessidade de utilização de parceiros privados é justamente a escassez de recursos públicos para o desempenho das atribuições do Estado, nessa tocada inexplicável, portanto, que a Administração Pública tenha que destinar recursos para estas parcerias público-privadas, vale dizer, se há dinheiro para as PPP's, o Estado deveria executar as obras/serviços por ele mesmo.

Mello (2010, p. 773), criticando este instituto, assevera:

Trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da Sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A “parceria público privada”, que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista – outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros - , constituiu-se na crême de la crême do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso, em despeito de sua àlceria submissão aos ditames do FMI, ousou pratociná-la, talvez por uma questão de decoro.

Di Pietro (2011) faz, nessa esteira, importante alerta:

(...) objetivo das parcerias público-privadas, menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de

um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas.

Feitas essas anotações acerca das parcerias entre Poder Público e iniciativa privada, as quais tinham por objetivo simplesmente demonstrar que cada vez mais a interação entre esses “dois mundos” se intensifica. Passamos, agora, ao estudo e definição da concessão de serviço público clássica.

### **1.3 Histórico e definição de concessão de serviço público**

A concessão de serviço público é um instituto verdadeiramente antigo, e vemos em Justen-Filho (2003, p. 50):

Manifestações similares ao instituto da concessão em períodos pretéritos. Quando menos, o instituto começou a delinear-se a partir do final da Idade Média. Sua adoção na França já ocorria no séc. XVI. Mas a generalização e consolidação do instituto verificou-se ao longo do séc. XIX.

O Conselho de Estado francês foi, historicamente, o principal responsável pela delimitação dos limites e conceituação desse instituto, fazendo, dessa forma, que a França fosse o expoente da produção de conhecimento acerca do tema, sendo os arestos de seus doutrinadores praticamente copiados por todo o mundo ocidental.

Atualmente, a doutrina francesa conceitua as concessões de serviço público, em linhas gerais, da seguinte forma:

A concessão de serviços públicos é definida como um contrato que encarrega um indivíduo ou uma empresa a executar uma obra pública ou prestar um serviço público, às suas expensas, com ou sem subsídio, com ou sem garantia real, e que compensa por concederem o desempenho do serviço público, com o



direito de cobrar royalties de usuários da obra ou sobre aqueles que se beneficiam do serviço público <sup>2</sup> (DEPUIS e CRHÉTIEN, p. 401)

No Brasil, a primeira experiência talvez tenha sido a Lei Geral nº 641 de 26 de julho de 1852, que autorizava concessões no setor de ferrovias (JUSTEN-FILHO, 2003, p. 52). Todavia, em que pese essa referência histórica, o instituto passa a ter efetiva relevância, segundo Alexandre Santos de Aragão, a partir do Plano Nacional de Desestatização, vejamos:

No Brasil, o Plano Nacional de Desestatização – PND, foi instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que foi substituída pela Lei nº 9.491, 09 de setembro de 1997, que expressamente prevê em seu art. 2º a concessão como forma de desestatização (ARAGÃO, 2008, p. 564)

Foi a partir desse momento que se intensificou a utilização desse instituto jurídico no país e, conseqüentemente, a produção doutrinária acerca do tema. Nesse sentido, diversos doutrinadores se dedicaram a elaborar conceitos de “concessão de serviço público”. Conforme dito anteriormente, nenhuma dessas conceituações difere muito daquelas produzidas no âmbito do Direito Frances, se não vejamos.

Para Di Pietro (2011, p.302):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Para Mazza (2012, p. 393):

Reunindo as características jurídicas fundamentais do instituto, podemos conceituar concessão de serviço público como o contrato administrativo pelo qual o Estado (poder concedente) transfere à pessoa jurídica privada (concessionária) a prestação de serviço público, mediante o pagamento de tarifa diretamente do usuário ao prestador.

Para Mello (2010, 701):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio,

---

<sup>2</sup> “La concession des services publics est définie comme un contrat qui charge un particulier, ou une société, ou une société, d’exécuter un ouvrage public ou d’assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d’intérêt, et que l’on rémunère en lui confiant l’exploitation de l’ouvrage public ou l’exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usages de l’ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public.” (tradução nossa)

por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço

Independentemente da posição doutrinária que se adote, as quais, de mais a mais, são explicitações e aperfeiçoamentos do conceito legal, o certo é que o próprio legislador tratou de definir concessão de serviço público, e o fez, dando concretude ao estabelecido no art. 175 da CRFB, na Lei nº 8.987/95, da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:  
(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Ou seja, de tudo antes visto é perfeitamente possível concluir que as concessões de serviço público clássicas têm como traço marcante o fato de serem delegações por parte do Estado de parcela de suas atribuições, excluídas aquelas que lhe são exclusivas, para iniciativa privada, sendo que o concessionário será remunerado preponderantemente (art. 11 da Lei nº 8.987/95) pela tarifa paga pelos usuários ou pela exploração subsidiária de outra potencialidade econômica do serviço, mas jamais pelo Estado.

#### **1.4 Natureza jurídica da concessão de serviço público.**

Da divergência de objetivos presentes entre as partes envolvidas nas concessões de serviço público - de um lado o Estado buscando a melhor forma de prestação do serviço público de outro o particular buscando o lucro -, surgem diversas teorias para classificar este instituto.

A doutrina mais avalizada, com o passar dos anos, destacou as três principais teorias acerca da natureza jurídica das concessões de serviço público, vale dizer, antes de elencá-las, que, aqui, a divergência é grande, todavia parece ser discussão assaz despropositada na medida em

que não existe divergência quanto ao regime jurídico a ser aplicado<sup>3</sup> As teorias são: (a) teorias unilaterais; (b) teoria contratual e (c) teorias mistas.

A teoria unilateral caracteriza a concessão de serviço público como um ato unilateral do Estado, no exercício do poder de império, sendo a aceitação do particular apenas condição de eficácia. Há ainda uma subdivisão desta corrente, que considera as concessões como um ato unilateral do Estado seguido por outro ato unilateral do particular envolvido, contudo, sem que tais atos se fundam, ante suas naturezas diversas, enquanto um é público o outro é privado. Advogam, aqueles que a defendem, que por faltar-lhe o elemento da comutatividade, ou seja, pelo fato de todas as “regras” da concessão serem produzidas pelo Estado, sem a participação do particular, não há como conferir-lhe caráter contratual.

Há, também, a teoria contratualista, a qual não consegue ser unitária, haja vista as inúmeras subdivisões que existem no próprio âmbito da teoria, a qual se divide em contrato de direito privado, contrato de direito público, contrato de direito público e privado, contrato de direito administrativo.

Por fim, tem-se a teoria mista segundo a qual a concessão seria um ato unilateral no que respeita às cláusulas regulamentares e um contrato em relação ao equilíbrio econômico-financeiro.

O certo, todavia, é que a maioria da doutrina considera que as concessões de serviço público têm natureza jurídica de contratos administrativos, autores tais como os já citados: Mazza (2012, p.418), Di Pietro (2011, p.299), Aragão (2008, p. 567), e, também, Figueiredo (1995, p. 65) e Freitas (1995, p.39), havendo ressonância na doutrina espanhola, conforme posição de Garcia de Enterría e Fernández Ramón (1991, p. 641)

Em que pese o relevo da doutrina acima elencada, talvez o mais alinhado à concepção européia moderna das concessões de serviço público seja Mello (2010, p. 711), segundo o qual:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos

---

<sup>3</sup> “Nesse sentido é que se firmou acima que a disputa sobre a natureza jurídica da concessão envolve um falso problema”. JUSTEN-FILHO (2003, p. 156)

usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira do, resguardando os legítimos objetivos do lucro do concessionário

O próprio autor explica as razões de sua conclusão, a qual, inclusive, está mais alinhada à teoria mista, e faz críticas a doutrina majoritária que defende o contrato administrativo:

É claro que isso sempre foi feito copiando o que dizia a doutrina francesa. Esta, todavia, já não mais sustenta o sobredito erro. Assim, por exemplo, em seu *Droit Administratif* (Daloz, 14ª ed., 1992, PP. 402-403) Jean Rivero e Jean Waline avervam: “O ato de concessão, no século XIX, era considerado como integralmente contratual. Mas, à medida em que se desenvolvia a teoria do serviço público e que se tornava melhor consciência de suas exigências, a jurisprudência e a doutrina reviram esta conclusão. Atualmente consagram o princípio da dupla natureza do ato de concessão, e portanto, da situação de daí decorre” René Chapus ensina: “Pode ocorrer que um ato seja, por uma parte unilateral e por uma parte contratual e, assim, mereça plenamente a qualificação de ato misto. (...) É notadamente o caso dos contratos de concessão de serviços públicos ou de obras públicas” (*Droit Administratif General*, Ed. Montchrestien, 6ª ed., 1992, t.1, p. 369). Há muitíssimos anos Laubadère também registrara esta guinada nos seguintes termos: “Até o começo do século XX o caráter convencional da concessão havia massacrado sensivelmente a presença do serviço público (...). Criticada pelos grandes autores do direito administrativo moderno (Hauriou, nota ao 1.904, 3, 81; Duguit, *Traité*, I, p. 420; Jèze, RDP, 1910, p. 270) a concepção puramente contratual está hoje e de há muito abandonada (...) Se a concessão não é pura e simplesmente um contrato daí não resulta que ela não seja sob nenhum aspecto. A concessão de serviço público é, com efeito, um ato misto, meio regulamentar, meio contratual. Esta idéia é hoje unanimemente admitida” (*Traité de Droit Administratif*, LGDF, 7ª ed., 1976, PP. 628-629). Assim, mais uns 30 anos, talvez, e no Brasil tornar-se-á acordo do equívoco e far-se-á sua devida correção (MELLO, 2010, p. 711).

Conforme dito anteriormente, tal discussão não envolve, neste momento, propriamente um problema prático, Justen-Filho (2003, p. 162) sintetiza a questão e dá a última palavra:

O que se deve ter em vista é que a própria CF/88 reconheceu, no referido art. 175, a natureza contratual anômala da concessão. É inquestionável que a concessão apresenta peculiaridades próprias e inconfundíveis. Portanto, mais relevante do que discutira natureza contratual ou não contratual da concessão é determinar o regime jurídico a ela aplicável – tema que comporta disputas menos intensas.

## **1.5 Aspectos gerais do regime jurídico de concessão de serviço público**

De início, é imperioso alertar que, ante os limites desse trabalho, não é possível fazer uma exposição exaustiva de todos os pontos elementares ao regime jurídico das concessões de serviço público, razão pela qual serão, ainda que de maneira breve, elencados apenas os aspectos mais relevantes, aptos a propiciarem uma compreensão geral acerca do tema.

Nesse sentido, serão retratados nesse tópico: as partes e suas posições jurídicas, os princípios que conformam o subsistema normativo das concessões de serviço público, a definição de serviço público adequado e, por fim, as formas de extinção desses “contratos”.

### **1.5.1 As partes e suas posições jurídicas**

As concepções tradicionais e majoritárias acerca das partes envolvidas em uma concessão de serviço público apontam que se trata de uma relação bilateral, sendo que em um dos lados estaria o Estado (poder concedente) e do outro o particular (concessionário), ou seja, os usuários não seriam partes da avença. Veja-se a posição de Héctor Jorge Escola:

A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário (...) (ESCOLA, 1979 apud DI PIETRO, 1999, p. 89)

É verdade, todavia, que ainda que se reconheça a presença de apenas duas partes, ninguém questiona que os efeitos desses contratos são trilaterais na medida em que afetam e influenciam a órbita jurídica dos usuários

Assim, embasado nessa drástica influência dos contratos de concessão de serviço público na esfera de interesses dos usuários é que há quem defenda a inclusão dos usuários dos serviços públicos concedidos como partes do contrato de concessão. Destacado autor paranaense assevera:

Afigura-se indispensável a integração da Sociedade no âmbito da relação da concessão, assumindo a condição de parte. Isso se faria, básica mas não exclusivamente, por meio de entidades representativas dos usuários(...) (...) Conclui-se com a meditação de que essa solução reflete não uma concepção demagógica da gestão da concessão, mas a consciência de que nenhuma outorga poderá resultar satisfatória sem a aprovação ou, pelo menos, a fiscalização popular. Por mais correta e eficiente que se afigure a atuação administrativa do poder concedente, a legitimidade da outorga dependerá da participação direta e imediata dos usuários (JUSTEN-FILHO, 2003, p. 295 e 298)

Independentemente do reconhecimento formal dos usuários como parte do contrato de concessão, o certo é que na concessão existem três partes envolvidas de maneira destacada. São elas: o Estado, o particular e os usuários.

Cada um deles possui características, posições jurídicas e objetivos aparentemente diversos e que merecem maior aprofundamento.

É sabido que o Estado ocupa, no que toca às concessões, a posição jurídica de poder concedente. Ou seja, cabe ao Estado, com a devida autorização legislativa, promover os atos para que haja uma delegação da exploração de serviço público para um particular. Vale dizer: o particular jamais tomará para si a exploração de um serviço público sem que haja manifestação prévia de vontade do Poder Público. Pois bem, desenhado esse quadro, cabe explicitar, dentro da imensa gama de manifestações do Estado, quais entes estatais são competentes para realizar a concessão.

A regra basilar é que “a concessão é outorgada pela entidade com a competência para a execução do serviço público em causa” (BARROS-JUNIOR, 2014, p. 7). Em outras palavras, a União, os Estados e os Municípios, ou seja, as pessoas políticas podem outorgar os serviços públicos que lhes estão constitucionalmente atribuídos, desde que não inseridos dentre aqueles ligados ao poder de império. Existe a possibilidade de transferência dessa competência para entes da administração indireta, como as autarquias e agências reguladoras, fuge, todavia, dos objetivos desse trabalho, elenca-las.

Quanto aos particulares que ocupam a posição de concessionários a própria Lei nº 8.987/95, art. 2º, II, exige que sejam pessoas jurídicas ou consórcios de empresas que demonstrem sua capacidade para a realização do serviço. Tal demonstração se dará, via de regra, por meio do atendimento às exigências técnicas, fiscais e contábeis constantes do edital da

licitação. Já quanto o consórcio de empresas, os artigos 19 e 20 da referida lei prescrevem que a constituição do consórcio se dê tão somente após o êxito no certame, antes da celebração do contrato.

Por fim, temos a sociedade que ocupa a posição jurídica de usuários dos serviços objeto da concessão, sobre a qual, independente de serem ou não partes formais do contrato de concessão, Marçal tem posição assaz interessante acerca do tema e, ainda que não tenha sido o seu objetivo, aponta no sentido de ser a concessão, através da participação dos usuários, uma forma de dar eficiência ao emprego dos recursos públicos, por meio da repartição dos custos:

(...) A problemática da concessão envolve não apenas o interesse dos usuários do serviço público, mas também os dos não-usuários. Até se poderia dizer, como já apontado ao início desta obra, que uma das questões essenciais envolvidas no instituto da concessão reside na determinação dos sujeitos que arcarão com o custo econômico correspondente àquele específico serviço público. Se fosse prevalecer o interesse dos usuários, o serviço teria a maior qualidade imaginável e seria prestado gratuitamente. Vale dizer seria, seria custeado por recursos extraídos de outras parcelas da população. A concessão impõe ao usuário o encargo de arcar com o custo do serviço concedido, o que significa a desobrigação dos não-usuários (...) (JUSTEN-FILHO, 2003, p. 297)

Ainda quanto aos usuários, outra questão relevante que se destaca é a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos usuários dos serviços públicos. Medauar (2008, p. 670) tem, sem dúvida, posição marcante que alberga a orientação da maioria da doutrina. Vejamos:

Cabe lembrar que nos termos do art. 2º do CDC “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. De seu lado, o art. 3º considera fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, etc. ou prestação de serviços.

Tais preceitos não deixariam dúvidas quanto ao enquadramento do usuário do serviço público na regras protetoras do consumidor. Essa convicção seria reforçada pelo teor do art. 6º, inc. X, segundo o qual é direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Mais um reforço se encontra no art. 22 e seu parágrafo único. Segundo o caput, os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. E o parágrafo único fixa a responsabilidade das pessoas jurídicas competentes nos casos de descumprimento total ou parcial dessas obrigações.

Editado em 11.09.1990, para vigorar a partir de 10.03.1991, o CDC pode ser considerado um texto de elevada efetividade, que desencadeou um bonito caso

de conscientização de direitos, por parte dos consumidores, e de deveres, por parte dos fornecedores.

No momento de sua promulgação ainda não ocorrera no Brasil a onda de privatizações e ainda não existia a Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95. No seu art. 7º, essa Lei arrolou direitos e obrigações dos usuários de serviços públicos, o que ensejaria a consideração de um caráter específico de tais direitos e obrigações, que os distanciariam dos direitos do consumidor. No entanto, na sua parte inicial, o referido caput afirma que tais direitos se arrolam sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078/90 – CDC. Haveria, então, em favor dos usuários dos serviços públicos, uma soma de direitos do consumidor, fixados pelo CDC, e direitos dos usuários, listados na Lei de Concessões.

O caráter específico dos direitos dos usuários se ressaltaria, também, com a Emenda Constitucional nº 19/98 – Reforma Administrativa, que deu nova redação ao § 3º do art. 37 da Carta Magna. Com essa alteração foi atribuída à lei a disciplina das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços. No âmbito federal ainda não foi promulgada a referida lei, tendo sido elaborado anteprojeto a respeito. No Estado de São Paulo foi promulgada a Lei nº 10.294/99, dispondo sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público no âmbito estadual.

Como se vê, no ordenamento brasileiro coexistem os direitos dos usuários sob o abrigo do CDC e os direitos dos usuários sob a égide da Constituição, da Lei das Concessões e leis de defesa do usuário.

Resta claro, portanto, que o usuário possui posição de grande relevância, haja vista que o próprio legislador tratou de conceder-lhe direitos e garantias tanto no diploma consumerista quanto na legislação atinente às concessões de serviço público.

## **1.5.2 Os princípios**

Feitas essas considerações, destacam-se, agora, os princípios que podem ser destacados como aqueles que conformam o subsistema normativo das concessões de serviço público.

Certamente, no que toca a este tema, foram as observações de Benedicto Porto Neto que melhor sistematizaram os princípios mais pertinentes. O referido autor faz, primeiro, uma incursão nos princípios do serviço público em si, quais sejam, segundo o autor: Princípio da atividade normatizada, Princípio da alteração unilateral das normas de organização do serviço, princípio da obrigatoriedade da prestação do serviço, Princípio da continuidade do serviço, Princípio da generalidade na organização e distribuição do serviço, Princípio da Autoridade



Pública, Princípio da eficiência e qualidade na prestação do serviço, Princípio da Responsabilidade objetiva, Princípio da modicidade na contrapartida paga pelo usuário. Tais princípios não serão tratados nesse trabalho por extrapolarem-lhe os limites.

Contudo, em relação aos princípios específicos das concessões de serviço público, o autor os elenca da seguinte forma:

#### **1.5.2.1 Princípio da Inaplicabilidade da cláusula da exceção do contrato não cumprido**

É sabido que a *exceptio non adimpleti contractus* é característica aos contratos civis. Aplica-se, também, aos contratos administrativos em geral, conforme prescreve o art. 78, XIV e XV da Lei nº 8.666/93. Nas concessões de serviço público, contudo, o mencionado princípio não tem lugar. O concessionário não pode, ainda que o concedente não esteja adimplindo com suas obrigações, rescindir o contrato e deixar de prestar o serviço sob a alegação de exceção de contrato não cumprido. A Lei nº 8.987/95 preconiza em seu art. 39 que o concessionário deve se socorrer do Poder Judiciário para a rescisão do contrato, e o parágrafo único do aludido artigo, enfatiza ainda que os serviços não podem ser paralisados ou interrompidos até o trânsito em julgado da decisão judicial que autoriza a rescisão. Para Porto-Neto (1998, p. 91) “é importante destacar que o direito à continuidade do serviço é do usuário, que não pode ser afetado pela mora do poder concedente”.

#### **1.5.2.2 Princípio da extinção da concessão por razões de interesse público -**

As formas de extinção dos contratos de concessão de serviço público serão adiante tratadas. Entretanto, agora, é de se destacar o instituto da encampação (art. 37 da Lei nº 8.987/95), que em decorrência do princípio ora trabalhado, é extensão lógica do regime jurídico-administrativo, segundo o qual o interesse público paira sobre o privado.

Dessa forma, é possível para a Administração Pública, desde que possua autorização legislativa para tal, extinguir o contrato de concessão de serviço público, ainda que esta extinção se dê dentro do prazo estipulado para a duração da concessão do serviço público. Não permitir tal situação seria ir de encontro à estrutura administrativa constitucional, fazendo prevalecer o interesse do concessionário.

Contudo, em razão do necessário equilíbrio econômico-financeiro da avença, típico dos contratos de concessão, faz Porto-Neto (1998, p.92), importante alerta:

A extinção antecipada da concessão confere à concessionária direito a indenização correspondente às vantagens econômicas que desfrutaria na prestação do serviço pelo resto do prazo originariamente previsto. Como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, o prazo é componente da estrutura econômico-financeiro da concessão.

#### **1.5.2.3 Princípio do devido processo legal para alteração das normas regulamentares do serviço**

Além da possibilidade de extinção unilateral da concessão, os mesmos argumentos autorizam que a administração pública modifique as normas regulamentares da concessão, isto é, alterar as formas de prestação do serviço para melhor atender aos usuários. Impõe-se, todavia, aqui também, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.

Pois bem, o referido equilíbrio não é, no entanto, a única garantia do concessionário frente ao poder de alterar unilateralmente as condições de execução do contrato.

Como as alterações unilaterais somente podem ser feitas em virtude do interesse público, é necessário que haja um meio para a verificação de nexo entre a alteração determinada e o suposto objetivo perseguido. O meio que se afigura mais idôneo para esse desiderato é justamente o procedimento administrativo (devido processo), no qual se dê oportunidade para que o concessionário se manifeste previamente acerca das alterações determinadas.

Com isso, ante a inegável afetação da órbita jurídica da concessionária, são assegurados o devido processo legal e ampla defesa. Alerta, a doutrina:

A realização do procedimento administrativo preserva direitos da concessionária como prestigia o princípio da boa administração, garantindo que as alterações das normas regulamentares do serviço sejam voltadas à satisfação do interesse público.

Sem procedimento administrativo não há alteração válida das normas regulamentares (PORTO-NETO, 1998, p. 92)

#### **1.5.2.4 Princípio da razoabilidade da remuneração da concessionária**

O traço mais marcante das concessões de serviço público, justamente aquele que as difere das demais formas de parcerias, é o fato de a concessionária ser remunerada diretamente pelo usuário, por meio de tarifas.

Exatamente por isso é que a Lei nº 8.666/93, art. 48, II, a qual é aplicada subsidiariamente às concessões, determina que propostas que extrapolem os limites da razoabilidade (art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95) e, com isso, diminuam o acesso aos serviços público maculando, dessa forma, sua universalidade, ou propostas muito baixas que inviabilizem a continuidade na prestação do serviço público devem ser desclassificadas.

Há de se ressaltar, quanto a este ponto, que o art. 11 da Lei nº 8.987/95, autoriza que as concessionárias explorem outras utilidades econômicas juntamente com a exploração do serviço, na tentativa de reduzir o valor das tarifas pagas pelos usuários, a título de exemplo pode-se falar na exploração publicitária dos ônibus utilizados no transporte coletivo

#### **1.5.2.5 Princípio do equilíbrio econômico-financeiro da concessão**

O, já tantas vezes mencionado, princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será agora tratado.

Como dito, é verdade que o Poder Concedente possuiu posição de primazia nos contratos de concessão, podendo alterar unilateralmente diversas regras da delegação.

Há, todavia, uma parte que jamais pode ser alterada, qual seja, justamente aquela que estabelece a justa expectativa de retorno financeiro do concessionário. Vale dizer “com o princípio encontra-se o equilíbrio entre a autoridade do Estado – necessária para implementação do interesse público e o direito de liberdade e de propriedade da concessionária, também assegurados constitucionalmente”. (PORTO-NETO, 1998, p. 97)

Tal princípio está previsto na Constituição da República, na medida em que seu art. 37, XXI, prescreve a necessidade de que, nos contratos administrativos precedidos de licitação, sejam mantidas as condições efetivas da proposta

No plano legal, no que toca às concessões de serviço público, além dos necessários reajustes (artigos 9º, caput e §2º, 10 18, VIII e 23 da Lei nº 8.987/95) que devem ser feitos para que as tarifas acompanhem os valores dos insumos do serviço e conseqüentemente mantenham o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, existem três situações que possuem o condão de alterar tal equilíbrio, quais sejam: “(a) alteração unilateral do contrato pela Administração; (b) o fato do príncipe e (c) fato superveniente e imprevisível que enseja a aplicação da teoria da imprevisão” (AMARAL, 2002, p. 93).

Haja vista que o primeiro já foi tratado quando se falou do poder que possui o concedente de alterar unilateralmente o contrato (fato da administração), passa-se agora, diretamente, ao fato do príncipe e à teoria da imprevisão.

Factum principis ou Fato do príncipe nos contratos administrativos é, segundo Meirelles (2007, p. 240):

Toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis.

O eminente doutrinador diferencia o fato do príncipe e o fato da administração da teoria da imprevisão propriamente dita de forma a identificar nos dois primeiros casos áleas próprias do

contrato enquanto no terceiro apresentam-se áleas estranhas ao contrato. Discorre sobre o tema da seguinte forma:

(...) A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato autorizam a sua revisão para ajustá-los às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula rebus sic stantibus aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas (...)

(...) A teoria da imprevisão é construção jurisprudencial do Conselho de Estado da França, ao julgar os sucessivos pedidos de revisão dos contratos administrativos, durante a Primeira Guerra Mundial, que criou uma situação insustentável para os concessionários de serviço público. Posteriormente, a teoria foi consagrada na Lei Failliot, de 21.1.1918, que inspirou a lei belga de 11.10.1919; antes, porém, na Itália, o Decreto Real de 27.5.1915 já admitia a guerra como causa de revisão dos contratos cuja execução se tornasse ruinosa para uma das partes. (MEIRELLES, 2007, p. 236)

Em suma, e de forma objetiva, qualquer situação que importe alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja ela causada pela Administração Pública ou por eventos imprevisíveis, deverá ser retrabalhada, normalmente por meio do aumento ou diminuição das tarifas pagas pelo usuário, a fim de que a justa expectativa de lucro por parte do concessionário seja preservada.

### **1.5.3 O serviço público adequado**

Já foi dito ao longo deste trabalho que apesar de possuírem, em um primeiro momento, interesses distintos na concessão da prestação de um serviço público a um particular, os envolvidos nessa situação (concedente, concessionário e usuários) tem, em verdade, ainda que no plano puramente deontológico, o mesmo interesse, qual seja, o da prestação de um serviço público adequado. Aqui se poderia falar, inclusive, em mais um princípio: o da associação.

Tem-se, assim, que as concessões só se justificam se, ao fim, produzirem um serviço adequado. Contudo, em virtude da amplitude do referido conceito, algumas considerações devem ser feitas a fim de elucidar do que se trata essa adequação.

Com efeito, a própria Lei nº 8.987 em seu art. 6º e parágrafos destacou a necessidade de prestação de um serviço adequado ao prescrever:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

A melhor exegese desse dispositivo legal aponta como pedra angular da adequação do serviço a eficiência, já que, ainda que com outras palavras, determina que o serviço seja prestado da melhor maneira possível pelo menor custo.

Pois bem, mesmo reconhecendo na eficiência a essência da adequação do serviço, continua-se de frente ao problema da indeterminação do termo, conforme alerta Justen-Filho (2003, p. 304):

A vontade não foi, certamente, de atribuir à Administração, ao concessionário ou aos usuários a faculdade de qualificar livre e arbitrariamente os serviços como adequados e inadequados. Opção dessa ordem não seria caracterizável como disciplina jurídica, mas como sua ausência. Seria o campo do arbítrio. Mas seria impossível a lei contemplar critérios aplicáveis a todas as hipóteses, nos mais diversos campos da prestação do serviço, que determinassem precisamente o que se entenderia como adequado e o que cairia no âmbito da inadequação do serviço. Existe um rol de critérios e exigências legais cujo atendimento absoluto conduz à inquestionável qualificação do serviço como adequado. A absoluta infração ao elenco legal impõe o reconhecimento de um serviço inadequado. Mas não há uma solução aritmética e precisa, que permita determinar com exatidão a linha divisória entre os campos da adequação e da inadequação. Ou seja, o campo da absoluta adequação não confina com o da absoluta inadequação. Há uma zona cinzenta intermediária, que compreende os serviços menos adequados até os quase inadequados.

São, portanto, necessárias avaliações de cada caso concreto, levando sempre em conta a qualidade, a quantidade, a regularidade, a continuidade, a segurança, a cortesia e o valor (modicidade) do serviço prestado, sendo, talvez, esse último critério econômico o mais relevante. Contudo, há o alerta:

É evidente que a avaliação econômica apresenta limites, estabelecidos pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Poderia aludir-se a um mínimo relacionado com a dignidade da pessoa humana, que não pode ser infringido, nem mesmo em virtude de argumentos econômicos (JUSTEN-FILHO, 2003, p. 305).

#### **1.5.4 Formas de extinção**

Antes que se fale propriamente nas formas de extinção, é preciso dizer que em virtude do regime jurídico-administrativo e da necessidade de continuidade da prestação do serviço, são legalmente (art. 29, I e II da Lei nº 8.987) atribuídas ao Poder concedente diversas prerrogativas/deveres de fiscalização, tais como ter “acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária” (art. 30, caput da Lei nº 8.987) e aplicação de sanções.

No corolário da fiscalização, vem o dever/poder que possui a Administração de intervir na concessionária. Para Mello (2010, p. 732):

Em situações excepcionais, para salvaguarda do interesse público encarnado no serviço prestado mediante concessão, o concedente poderá intervir na concessionária e assumir, nesse entreato, a gestão direta do serviço. A medida justifica-se quando indispensável para assegurar a continuidade do serviço, sua normalidade ou o adequado cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, por não existir outro meio hábil capaz de salvaguardar os aludidos. Cessadas as causas que a determinaram, cessa a intervenção, mas dela poderá resultar a decretação de prematura extinção da concessão.

Do ponto de vista prático, a intervenção se dá, nas palavras de Marinela (2012, p. 544), da seguinte forma:

Em caso de intervenção do poder concedente, a formalização deve ser realizada por meio de decreto, contendo a designação do interventor, o seu prazo de duração, seus objetivos e limites. Uma vez declarada a intervenção, o poder concedente deve instaurar um procedimento administrativo, que deve ser concluído em 180 (cento e oitenta) dias, para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de contraditório e ampla defesa. Ficando comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, ou quando não for observado o prazo para o encerramento do procedimento, será declarada sua nulidade devendo ser

imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo do direito à indenização.

Superada a necessária menção aos encargos fiscalizatórios e interventivos da Administração, passa-se, agora, às formas de extinção do contrato de concessão de serviço público, as quais, segundo o art. 35 da Lei nº 8.987/95, são: I – advento do termo contratual; II- encampação; III- caducidade; IV- rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Quanto ao inciso I, não são necessárias maiores considerações na medida em que é situação de fácil compreensão, resta necessário, todavia, aclarar o sentido dos outros incisos numerados.

Com efeito, a **encampação** (art. 37 da Lei nº 8.987) repisa a supremacia do interesse público sobre o privado, na medida em que autoriza a Administração a extinguir unilateralmente a concessão por motivos de interesse público. Nesse caso, surge a figura da reversão na qual fica estabelecido que os bens da concessionária utilizados para a prestação do serviço público passam a ser de propriedade da Administração para que esta possa dar continuidade ao serviço. Quanto a essas duas primeiras formas de extinção, algumas observações da doutrina:

Nas hipóteses de advento do termo contratual e encampação, são especificados os procedimentos de levantamento e avaliação prévia requeridos, tendo em visto determinar o valor de indenizações à concessionária, nos termos do arts. 36 e 37. A propósito, ainda, do advento do termo contratual, o art. 36 regula o instituto da reversão.

Entendemos que a reversão, par ser aplicada, deve ter previsão editalícia, com indicação dos bens reversíveis e suas características (art. 18, X e XI), não sendo, portanto, obrigatória. Todavia, uma vez prevista a reversão, e constatada sua aplicabilidade, indenizam-se as parcelas dos investimentos correspondentes a bens reversíveis, vinculados ao serviço concedido, que não tenham sido amortizados ou depreciados.

É focalizada especificamente no art. 37 a figura da encampação, assim considerada a retomada do serviço pelo poder concedente em plena vigência da concessão, por motivo de interesse público. É indispensável a lei autorizativa específica. A indenização é paga previamente, na forma do art. 36.(MOTTA, C. P. C, 2007, p. 148)

Não há, portanto, como visto, nos dois primeiros casos nenhuma característica sancionatória ou desabonadora da concessionária. Ou foi o decurso do prazo que pôs fim à concessão ou o exercício de uma prerrogativa atribuída à Administração.



Pois bem, este, contudo, não é o caso quando a extinção se dá pela **caducidade**, a qual, de acordo com o art. 38, §1º da Lei nº 8.987/95, acontece nos seguintes casos: I- o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; II- a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; III- a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes do caso fortuito ou força maior; IV- a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; V- a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; VI- a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e VII- a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993.

Por se tratarem de casos que ensejam punição, é indispensável a realização de processo administrativo prévio para apuração das condutas da concessionária e aferição dos valores indenizáveis (§ 2º), sendo que o referido processo não será instaurado senão após a concessão de prazo para que a concessionária corrija as falhas (§ 3º).

Discorrendo sobre o referido artigo, inclusive quanto aos seus parágrafos, Mukai (2002, p. 70) aduz que:

Como se verifica, as hipóteses elencadas nos incisos, dada a referência ao § 1º feita pelo § 3º, devem também se constituir em “descumprimentos contratuais”.

O § 4º dispõe que, “instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo”.

Ponto a ser destacado é que a expressão “será declarada...” do dispositivo não pode ser tomada no sentido imperativo, pois, tanto o art. 38, caput, como o seu § 1º mostram que referida sanção está, quanto à sua aplicação, no poder discricionário da autoridade concedente.

Quanto à indenização, calculada no decurso do processo, temos para nós que somente tem sentido, no caso, aquela prevista no art. 36, ou seja, aquelas relativas às parcelas dos bens reversíveis, ainda não autorizados ou depreciados. Em qualquer outra hipótese, descaberá indenização, pois a caducidade se dará por culpa do concessionário.

O art. 5º, a confirmar o que acima foi dito, dispõe que a “indenização” de que se trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do

contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

O § 6º reza que: “declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Já a **rescisão**, prevista no art. 39 da Lei nº 8.987/95, que é uma das formas de extinção da concessão, assemelha-se à caducidade, no entanto, neste caso, estar-se-á diante de inadimplemento, por parte do poder concedente, de alguma obrigação contratual. Diferentemente do que acontece com a caducidade, no caso da rescisão a concessionária não poderá interromper o serviço de forma unilateral, necessitando, para tanto, de autorização judicial transitada em julgado. Neste ponto, as observações de Di Pietro (2011, p. 111):

Enquanto o poder concedente dispõe dessas duas possibilidades de rescisão unilateral (encampação e caducidade), o concessionário não tem tal faculdade, nem mesmo em caso de descumprimento do contrato pelo poder concedente, sob pena de sujeitar-se às mesmas consequências que se aplicam em caso de inadimplemento. O art. 39 exige que, em caso de descumprimento do contrato pelo poder concedente, o concessionário proponha ação judicial e continue prestando o serviço até a decisão judicial transitada em julgado. As únicas hipóteses em que o concessionário pode interromper a execução do contrato (não rescindir o contrato) são as previstas no art. 6º, § 3º.

A lei não faz referência expressa à rescisão amigável, o que pode levar ao entendimento de que ela não é possível na concessão; temem-se os conluíus contrários ao interesse público. Contra esse entendimento, podem ser opostos os seguintes argumentos: o art. 35, inciso IV, fala em rescisão, sem fazer qualquer distinção quanto à modalidade; o art. 23, ao indicar as cláusulas essenciais do contrato, inclui, no inciso XV, a pertinente ao “foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. Além disso, se o concessionário não quiser dar continuidade ao contrato, por razões aceitáveis, e isto não trazer prejuízos maiores para o interesse público, não há por que esperar que ele vá a juízo e sobrecarregue a Administração com os ônus de uma demanda judicial.

Com relação à **anulação**, esta ensejará a extinção da concessão e “ocorrerá em caso de constatação de irregularidade no contrato ou mesmo na concorrência realizada anteriormente, vez que a anulação da licitação induz à anulação do contrato” (KNOPLOCK, 2012, p. 429).

Por fim, há o caso de extinção da concessão pela **falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular** nos casos de empresa individual. Carvalho-Filho (2010, p. 393) ensina:

No que se refere à falência, vale observar que a Lei nº 11.101, de 9.2.2005 (a nova Lei de Falências), também prevê a extinção do contrato de concessão no

caso de a empresa concessionária de serviços públicos ter decretada a sua falência (art. 195). A impossibilidade de prosseguimento do contrato, aliás, é lógica, porquanto a decretação da falência implica “o afastamento do devedor de suas atividades”, como consigna o art. 75 do vigente diploma falimentar.

Ficando, então, impossibilitada a concessionária de prestar o serviço, o mesmo retorna, de imediato, à Administração.

## **2 CAPÍTULO II**

### **2.1 Obrigatoriedade de Licitar – artigos 37, XXI e 175 da CRFB**

A utilização de um procedimento preordenado para a aquisição de itens do interesse do Estado é prática assaz antiga. Há doutrinadores, como Prestes e Batista (2004, p. 132) que identificam o início da utilização desses procedimentos já na Roma antiga, ou mesmo antes, no Código de Hamurabi (1694 a.c) e outros, como Delano (2009), na idade média.

No Brasil, entretanto, a licitação foi introduzida no ordenamento jurídico com o advento do Decreto nº 2.926 de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, sendo, este Decreto, seguido por diversos outros dispositivos legais. No entanto, passou a ter envergadura constitucional somente a partir da emenda à Constituição de 1946 de número 15, conforme salienta Faria (2001, p. 256):

Em 1965, a Emenda n. 15 à Constituição Federal de 1946 introduziu o termo concorrência pública no texto da Carta então vigente. Foi nessa época que o instituto conquistou, com críticas, a magna posição de norma constitucional

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI, obriga a utilização do procedimento licitatório sempre que o Estado queira estabelecer relações de cunho patrimonial ou econômico com os particulares. Nesse sentido, com melhores palavras, Silva (2010, p. 673):

Licitação é um procedimento vinculado, ou seja, formalmente regulado em lei, cabendo à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades da Administração Pública, direta e indireta, incluídas esferas de governo, e empresas sob seu controle (art. 22, XXVII). Portanto, aos Estados, Distrito Federal e Municípios compete legislar suplementarmente sobre matéria no que tange ao interesse peculiar de suas administrações.

Mello (2010, p. 524), por sua vez, após a leitura do dispositivo constitucional, trazendo uma abordagem mais administrativista, conceitua licitação da seguinte forma:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a

ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. Donde, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento.

Conforme se viu, diante da relevância do instituto no ordenamento jurídico, é certo que a licitação serve a propósitos específicos e possui princípios próprios que a conformam.

Os objetivos estão elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, quais sejam: “observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Já os princípios são muitos, alguns previstos na lei e outros na CRFB. Di Pietro os elenca da seguinte forma: da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória, da ampla defesa e da licitação sustentável (DI PIETRO, 2012, p. 372).

Por atender melhor os objetivos desse trabalho, serão, oportunamente, tratados apenas os princípios que guardem pertinência com a problemática apresentada.

Por tudo antes exposto, resta claro que a licitação é de observância obrigatória. Ainda assim, o constituinte, no que toca às concessões de serviço público foi ainda mais enfático, ao estabelecer, no art. 175, que, neste caso, será sempre através de licitação que se dará a transferência da execução de um serviço público a um particular.

Ver-se-á que a preocupação do constituinte em enfatizar algo que já era, de todo, tão enfático, não era desarrazoada na medida em que várias são as tentativas (quase todas com sucesso) de burlar a licitação nos casos de concessão, como ocorre, por exemplo, com as concessões de radiodifusão de sons e imagens (televisão e rádio, principalmente) nas quais não se realiza licitação, em completa afronta à Constituição, e, é claro, no caso do art. 27 da Lei nº 8.987, que será adiante tratado.

## **2.2 Aspectos relevantes e princípios da licitação na Lei nº 8.987/95**

A licitação para a concessão de serviço público está disciplinada nos artigos 14 a 22 da Lei nº 8.987/95. É necessário, no entanto, dar destaque ao art. 2º, II e III, uma vez que neles esta contida a exigência de licitação na modalidade concorrência.

Conforme visto, a lei é bem clara ao determinar que seja utilizada a modalidade concorrência, prevista no art. 22, § 1º da Lei nº 8.666/93, nas licitações para concessões de serviço público, precedidas ou não de obra pública.

Dúvida poderia pairar acerca da necessidade de utilização desta mesma modalidade de licitação para as permissões de serviço público. A doutrina, todavia, tratou de afastar tal dúvida, aduzindo, nas palavras de Di Pietro (2011, p. 2011) que:

O art. 2º incisos II e III, da Lei nº 8.987, ao definir “a concessão de serviço público” e “concessão de serviço público precedida de execução de obra pública”, exige licitação, na modalidade concorrência. No inciso IV, ao definir a “permissão de serviço público”, fala em licitação, sem especificar a modalidade cabível. Contudo, o art. 40, parágrafo único, manda aplicar o disposto nessa lei às permissões de serviço público, o que permite deduzir que a modalidade de licitação cabível é também a concorrência.

Ainda quanto ao assunto, Di Pietro (2011, p. 2012), aponta casos específicos em que a concessão não será precedida de licitação na modalidade concorrência, qual seja, por exemplo, a autorização, dada pelo art. 27 da Lei nº 9.074/95, para a utilização da modalidade leilão:

Além disso, a Lei nº 9.074 veio permitir o leilão, no art. 27, nos casos em que os serviços públicos são prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, e se pretenda efetuar a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação da concessões existentes. Ressaltou-se apenas os serviços de telecomunicações, em que não pode ser utilizado o leilão. A mesma norma pode ser aplicada, nos termos do art. 30, quando o concessionário de serviço público de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas. E também pode ser utilizado o leilão na hipótese do art. 29, referente a empresas inseridas no programa nacional de Desestatização.

Tal hipótese pôde ser vista nos leilões promovidos pela Petrobras S/A para a outorga de exploração e privatização dos poços de petróleo do pré-sal.

Certamente a opção do legislador pela modalidade concorrência não é aleatória ou desprovida de razão. A concorrência, diferentemente do que ocorre com outras modalidades de licitação, possui características que a tornam apta a dar concretude a uma série de princípios pertinentes às concessões. É, segundo Carvalho-Filho (2011. p. 273), de se destacar as seguintes características:

Duas são as características mais marcantes da concorrência. A primeira delas é o formalismo mais acentuado, razão por que é sempre exigível uma fase inicial de habilitação preliminar, na qual são aferidas as condições de cada participante. A segunda é a publicidade mais ampla, o que se traduz na necessidade de participação de todos quantos estiverem interessados na contratação. Tanto é verdadeiro o fato que os avisos resumidos dos editais de concorrência têm prazos mais longos que os das demais espécies.

É fácil perceber que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 é imperiosa, já que não há regulação legal da modalidade concorrência na Lei nº 8.987/95. Por essa razão, bem como pela expressa previsão do art. 124 da Lei nº 8.666/93, fica estabelecida a aplicação subsidiária do diploma específico das licitações.

Veja-se, agora, detidamente, a abordagem dada pela Lei nº 8.987/95 à licitação para concessão de serviço público.

No art. 14 da mencionada lei estão contidos os princípios que se aplicam às licitações para concessão de serviço público. É verdade que tais princípios são os mesmos encontrados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, os quais, de mais a mais, são extraídos do art. 37 da CRFB, são eles: princípio da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, julgamento por critérios objetivos e vinculação ao instrumento convocatório.

Motta (2007, p. 77) identifica, como um dos maiores problemas deste tipo de licitação, irregularidades praticadas em confronto com o princípio do julgamento objetivo:

De fato, temos visto editais que, acrescentando fatores e critérios sofisticados de julgamento, transformam sub-repticiamente um tipo (menor preço) em outro (técnica e preço). (...)Destarte, o tema dos princípios da licitação remete, quase indissoluvelmente, ao conteúdo a ser abordado no art.15 da Lei, ou seja, o dos critérios de julgamento nas licitações de concessão.

No art. 15 estão elencados os critérios de julgamento que devem ser utilizados nas licitações para concessão. Algumas discussões interessantes circundam o mencionado artigo, principalmente no que toca a relação tênue entre o menor preço e melhor técnica. Isso é assim,

pois geralmente nas concessões se está diante de situações de maior complexidade técnica, nas quais o preço é sempre ponto de atenção haja vista a incidência da necessária modicidade das tarifas. Acerca do tema, algumas posições doutrinárias se destacam.

Di Pietro (2011, p. 114) explicitando as alterações legislativas ocorridas no art. 15, conclui que a regra será o menor preço, sendo o julgamento técnico restrito a determinadas situações:

Ocorre que, posteriormente, pela Medida Provisória nº 1.5311, de 2-12-96, foi alterado o art. 15 da Lei nº 8.987, para incluir novos critérios de julgamento. Hoje, a Lei nº 9.648, de 27-5-98, em que se converteu a medida provisória, prevê sete critérios de julgamento, a saber: I- o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II- a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III- a combinação dos critérios referidos nos incisos I e II deste artigo; IV- a melhor proposta técnica em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII- melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Pelo § 2º do art. 15, com redação dada pela referida lei, “para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas”.

Com isso ficou claro que o julgamento técnico só é possível quando o critério de julgamento seja um dos previstos nos incisos IV e VII do art. 15. E também ficou claro que o legislador, ao não definir com precisão o procedimento a ser adotado em cada um desses critérios de julgamento, acabou por dar maior margem de discricionariedade à Administração Pública, já que os parâmetros deverão constar do edital.

Por fim, quanto aos critérios de julgamento, importa dar destaque ao parágrafo 4º do art. 15, que dispõe acerca da preferência à proposta de empresa brasileira em caso de empate.

É de se ter em mente que tal benefício dado às empresas brasileiras se coaduna com os objetivos da licitação (art. 3º da Lei nº 8.666/95), na medida em que se presta ao desenvolvimento nacional. Ainda quanto a esta prerrogativa, Motta (2007, p. 83) comenta que:

Embora questionada em tese, tal preferência justifica-se em áreas específicas de concessão. Note-se, como ilustração, a Lei 9.295/96, cujo art. 11 condiciona a exploração do Serviço Móvel Celular por satélite somente à empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, lei esta considerada válida pelo STF.

Tanto o Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral quanto o Professor Marçal Justen Filho entendem inaplicável a regra do § 4º do art. 15 da Lei 8.987; e cumpre lembrar o § 2º do art. 35 da Lei 8.666/93 (LNL), que prevê o sorteio como critério de desempate, de larga tradição de aplicabilidade. Cumpre



registrar que o exercício da preferencialidade pressupõe, em regra, o empate das propostas.

No art. 16 está prevista garantia aos usuários, já que este artigo veda a outorga de concessão em caráter de exclusividade, “salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica, justificada” no ato a que se refere o art. 5º.

É garantia dos usuários na medida em que garante a liberdade de escolha entre os vários prestadores (art. 7º, III), sendo que a competição entre eles colabora, ainda, para a manutenção da modicidade das tarifas. Acerca do tema, Mello (2010, p. 714):

A concessão, tal como a permissão, nos termos do art. 16 da Lei 8.987, será outorgada – e, pois, destarte, licitada – sem exclusividade, admitindo-se, entretanto, a adoção do regime de exclusividade quando a primeira solução foi inviável por imposição técnica ou econômica.

Nesta segunda hipótese, tal circunstância terá de ser justificada e constará do ato publicado nos termos do art. 5º da Lei 8.987, segundo o qual os editais de licitação de concessões e permissões serão sempre precedidos de ato que justifique a conveniência de outorgá-las e caracterize seu objeto, área e prazo

O art. 17, por sua vez, trata da questão dos subsídios e vantagens que a Administração Pública pode ofertar aos licitantes.

Importante destacar que os subsídios e vantagens podem fazer parte da concessão. A lei não veda, em absoluto, a presença deles na composição econômico-financeira da avença, desde que o objetivo seja beneficiar os usuários e não a própria concessionária, neste ponto, Justen-Filho (2003, p. 93) leciona:

Não se admite, em face da própria Constituição, é que o concessionário receba benesse do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo.

Hialino, nesta esteira, que o que se está a vedar, com a consequente desclassificação da proposta, são situações em que para a própria elaboração da proposta, seja dado a um determinado licitante vantagem ou subsídio, ainda que puramente fiscal (§ 2º), que não se estendam aos demais. Visa-se, com isso, dar concretude ao princípio da igualdade, impedindo apadrinhamentos e conchavos.

O art. 18 disciplina o edital da licitação para concessão, nele estão contidos os pontos que, segundo o legislador, são essenciais ao instrumento convocatório para outorga de concessão, tais como objeto, prazo, receitas alternativas, critérios de reajuste de tarifa, indicação dos bens reversíveis, entre outros.

Conforme se vê, os temas que devem constar do edital já foram, em sua maioria, tratados ao longo desse trabalho, daí a razão da desnecessidade de maiores considerações. Em verdade, importa destacar o art. 18-A, incluído pela Lei nº 11.196/05. Este sim inaugura certa novidade em relação à disciplina geral da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, o mencionado artigo nada mais faz do que trazer ao campo das licitações para concessões de serviço público prática já consagrada pela Lei nº 10.520/02, qual seja a inversão de fases. Isso significa que, ao contrário do que se faz tradicionalmente nas licitações - onde primeiro ocorre a habilitação dos candidatos e depois a classificação deles de acordo com suas respectivas propostas - aqui primeiro se verifica a proposta, escolhe-se a mais bem classificada de acordo com os critérios de julgamento de certame e, somente após, são verificadas as condições de habilitação do mais bem classificado, não sendo este habilitado passa-se para o segundo, e assim sucessivamente.

É certo que, dentro dos limites restritos da utilização da modalidade pregão (art. 1º da Lei nº 10.520/02), a inversão de fases é vista com bons olhos por grande parte da doutrina, conforme se vê nas palavras de Niebuhr [201-]:

Com o pregão, como dito acima, primeiro julgam-se as propostas. Apurado o licitante autor da melhor proposta, passa-se à análise dos documentos de habilitação dele e só dele. Os documentos de todos os demais não são sequer analisados. Se os documentos do autor da melhor proposta atendem o pedido no edital, a disputa praticamente se encerra, o que confere ostensiva agilidade às licitações regidas sob a modalidade pregão, mormente se comparadas às regidas pelas modalidades tradicionais da Lei nº 8.666/93. Conforme indica a experiência prática, enquanto licitação realizada através do pregão é concluída em torno de quinze ou vinte dias, as realizadas sob as modalidades tradicionais, com bastante frequência, arrastam-se por meses e meses

Todavia, no que toca às concessões de serviço público, essa parece não ser a melhor alternativa, uma vez que não são licitações corriqueiras, na medida em que culminam em contratos de longo prazo, não necessitando, portanto, serem renovadas com tanta frequência, circunstância que realmente demandaria uma facilitação procedimental. Além disso, costumam demandar grande complexidade técnica, dessa forma é até salutar que somente empresas

previamente habilitadas possam elaborar as propostas que serão julgadas, sob pena de existirem propostas que desembocam na impossibilidade de execução, ou execução precária, do serviço. Isso possui especial importância quando se leva em conta que os serviços serão utilizados e pagos pelos usuários.

Por fim, quanto à inversão de fases no procedimento, não parece lógico que o legislador, ao mesmo tempo que exige a modalidade de concorrência, que é a mais rígida e ampla das previstas da Lei nº 8.666/93, permita, simultaneamente, a flexibilização dessa modalidade através da inversão de fases.

Na esteira do que acima foi dito, fica evidente que a complexidade, por vezes, envolvida nos serviços públicos que serão prestados por particulares em função de uma concessão dada pelo Estado, demanda, igualmente, soluções complexas. É exatamente isso o que buscam os artigos 19 e 20 da Lei nº 8.987/95.

O art. 19 autoriza, desde que previsto no edital, que empresas que desejem participar do certame possam se associar por meio de consórcio e, dessa forma, participem da concorrência.

O instituto jurídico do consórcio tem sua definição legal dada pelos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, os quais estabelecem, em síntese, que “as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento”.

A doutrina segue a linha da lei e considera consórcio de empresas como sendo:

Consórcio de firmas ou empresas é a associação de várias organizações técnicas, industriais, comerciais, ou mesmo profissionais, para participação em determinada concorrência. É uma soma técnica, capital, trabalho, e know how, para execução de um empreendimento certo, que nenhuma das firmas, isoladamente, teria condições de realizar, dada a complexidade, o custo e a diversificação das obras, serviços e equipamentos exigidos (MEIRELLES, 1996 apud MOTTA, 2007, p. 104).

Nessa toada, Niebuhr (2011, p. 253) destaca a utilização desse modelo de organização empresarial em empreendimentos de grande vulto:

(...) também, costuma-se permitir a participação de consórcios em licitação de grande vulto, que requerem considerável aporte de capital. Trata-se de instrumento prestante a ampliar a competitividade, dado que possibilita às empresas ou pessoas com estrutura pequena ou mediana que se reúnam para atender às demandas do edital, o que não fariam se estivessem sozinhas.

A título de exemplo, pode-se citar o Consórcio Fênix que venceu a licitação realizada em 2014, para a concessão do transporte público municipal de Florianópolis/SC. O referido consórcio é formado por empresas (Transol, Canasvieiras, Insular, Emflotur e Estrela).

Alguns pontos, no entanto, merecem destaque. É necessário que as empresas subscrevam um compromisso de formação do consórcio; que este consórcio esteja regularmente constituído e registrado quando da assinatura do contrato, nos termos do compromisso mencionado. Por fim, fica vedada a participação de qualquer das empresas consorciadas no certame ou em outro consórcio que participe da licitação.

O art. 20, por sua vez, atribui à Administração Pública a faculdade de incluir no instrumento convocatório a exigência de que, caso o consórcio vença a licitação, seja constituída empresa, ou seja, para participar do certame basta a formação do consórcio, mas para a prestação do serviço é necessária a constituição de empresa. Nesse ponto, as palavras de Motta (2007, p. 108):

Inovadoramente, o texto do art. 20 da Lei 8.987/95 faculta ao poder concedente a opção – condicionada à previsão editalícia e fundada no interesse público – de determinar, especificamente no caso do consórcio, que o licitante vencedor se constitua em empresa, previamente à celebração do contrato.

Quanto ao tema, destaque-se o art. 278, § 1º, da Lei 6.404/76.

Por sua vez, o TCU recomenda, especificamente nos editais de permissão de serviço público, seja incluída cláusula que exija dos consórcios participantes a sua constituição em empresa na assinatura do contrato (Decisão 236, DOU de 11/4/02; vide ainda Decisão 587/2001, DOU 11/09/01)

Segundo Di Pietro (2011, p. 114), a justificativa para a existência dessa norma é muito clara:

Como a concessionária vai gerir serviço público ou executar obra pública, administrando paralelamente patrimônio público, e como a empresa faz jus ao equilíbrio econômico-financeiro, podendo, para fazer valer esse direito, exigir sua recomposição pela alteração das cláusulas financeiras, é evidente que não há conveniência em misturar recursos públicos e privados, destinados uns e outros a finalidades diversas. O próprio controle da entidade fica muito mais difícil, senão impossível, se a mesma empresa desempenha um serviço público e, ao mesmo tempo, um serviço privado. A situação torna-se mais complexa quando se trata de consórcio de empresas.

Já o art. 21 estabelece a possibilidade de colaboração entre particular e poder público, na medida em que inaugura o procedimento de manifestação de interesse. Em outras palavras, o artigo permite que os estudos prévios realizados por particular, ou pela Administração Pública,

que colaborem com a execução e prestação dos serviços sejam, ao final, indenizados pelo vencedor do certame. Ou seja, pode o particular no exercício do direito de petição, desde que autorizado pelo poder concedente, realizar estudos prévios que colaboram com o projeto da concessão, caso tal estudo seja realmente utilizado, será, o estudo, pago pelo vencedor da licitação.

Zockun (2012) sintetiza o artigo 21 da seguinte forma:

Sem embargos das mazelas técnicas e redacionais que permeiam esse dispositivo, com algum esforço exegético dele se edificam as seguintes prescrições: (1) que o particular poderá elaborar um esboço de projeto básico e/ou executivo indicando o serviço público que pode ser dado em concessão e/ou, ainda, de que forma essa concessão poderá se aperfeiçoar; (2) que essa colaboração particular está condicionada à prévia “autorização” do poder público; (3) que eventual colaboração do particular se aperfeiçoará na fase interna da licitação; e (4) acaso os esforços empreendidos pelo particular sejam aproveitados pela Administração, então se indicará no edital os valores a serem “ressarcidos” pelo vencedor do certame.

O artigo 22 da Lei nº 8.987/95, que permite a qualquer interessado o acesso às informações relativas à concessão e sua licitação, é, dentre todos os que foram mencionados, o mais importante para o objetivo desse trabalho.

Isso se dá em virtude da clara demonstração de que, no que toca às concessões, a licitação não tem apenas o condão de obtenção da melhor proposta para a Administração Pública ou de garantir a isonomia/imessoalidade entre os licitantes.

Aqui, resta hialino que a licitação desempenha um de seus mais importantes papéis justamente na publicidade do procedimento de transferência da prestação de um serviço público a um particular. Convém, entretanto, primeiro, explicar a importância da publicidade nas licitações para concessão, e o porquê da imperiosa necessidade de franquiamento, a toda a sociedade, de informações sobre a licitação e, também, sobre a própria concessão.

O primeiro ponto que precisa ficar claro é que concessão é poder. Aquele que detém uma concessão (concessionário) é, portanto, possuidor de poder. Isso fica claro quando se analisa, por exemplo, a influência que os concessionários de transporte público possuem na dinâmica política das grandes cidades brasileiras. Em nível federal, é possível destacar as grandes concessionárias de energia elétrica e telefonia. Isso porque, a má prestação de serviços como estes é capaz de destruir governos, na medida em que possuem grande impacto na sociedade, além de movimentarem um volume astronômico de dinheiro.

Pois bem, a partir dessa constatação é fácil perceber que o procedimento para a escolha dos concessionários (a licitação que está a se tratar ao longo desse capítulo) é extremamente visado por interesses espúrios que visam alocar, nessa imensa fatia de poder, aliados e financiadores de campanha político-partidária.

Por esta razão, é vital, para a própria existência da República, que toda a sociedade tenha acesso livre à grande volume de informações, principalmente no que concerne às pessoas (pessoas jurídicas, por óbvio) dos licitantes.

Por isso, precipitando um pouco tema que será oportunamente tratado, o art. 27 da Lei nº 8.987/95, ao permitir a transferência da concessão sem a prévia licitação, fere de morte a publicidade da escolha do novo concessionário, além de lançar sombras de imoralidade nesta escolha, causando no usuário desconfiança sobre aquele que prestará o serviço.

### **2.3 Dispensa e inexigibilidade de licitação nas concessões de serviço público**

É cediço que as hipóteses de dispensa de licitação, previstas nos arts. 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, e as de inexigibilidade de licitação, previstas no art. 25 da mesma lei, são, certamente, as que geram, no âmbito das contratações públicas, os maiores problemas, tanto de interpretação quanto de aplicação.

Ainda maiores dúvidas são geradas quando tais institutos são trazidos ao micro sistema das concessões de serviço público, haja vista que parecem ser incabíveis na medida em que possuem requisitos que, em um primeiro momento, não se coadunam com a natureza complexa que essas avenças costumam ter.

Nesse sentido, é preciso que se façam algumas considerações acerca desses institutos, a fim de que, após, se possa concluir acerca da pertinência ou não dessas formas de contratação no universo das concessões.

Quanto à dispensa de licitação, as primeiras observações que se impõe são (1) a da sua excepcionalidade, ou seja, não devem jamais ser a regra, e (2) o limite objetivo imposto pelo legislador para a simples contratação direta, qual seja o valor da contratação que não deve ser superior a R\$ 15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para outros serviços e compras

Pois bem, para todos os outros, nas palavras de Justen Filho (2005, p. 234), é justificável a utilização da dispensa de licitação:

(...) em situações em que, embora, viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Toda licitação envolve uma relação custo benefício. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento de atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para o desenvolvimento dos atos de licitação. (...) os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra-individuais.

Vê-se que aqui o legislador fez prevalecer o regime jurídico administrativo ao dar grande relevo ao interesse público já que dispensou a realização da licitação sempre que os custos operacionais desse procedimento fossem superiores às vantagens obtidas com a sua realização.

Há, contudo, diversas hipóteses de dispensa de licitação que foram previstas em lei, apenas como opção política do legislador, sem que exista o supramencionado fundamento da relação custo/benefício. No entanto, importa mencionar que as 33 hipóteses previstas nos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93, representam um rol taxativo, conforme adverte Carvalho Filho (2012, p. 248):

(...) a taxatividade das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público.

À vista disso, resta claro que o regime de dispensa de licitação não pode ser aplicado às concessões de serviço público, pois, em primeiro lugar, a complexidade e os valores envolvidos nas concessões fogem aos estreitos limites da dispensa de licitação. A não realização da licitação, no caso da concessão, não atende ao interesse público, muito antes pelo contrário, haja vista tudo que já foi dito ao longo desse trabalho.

Em segundo lugar, a falta de previsão legal expressa para tanto. Conforme visto, se trata de rol taxativo, não há como ampliá-lo. Alguém poderia argumentar que existe previsão no inciso XXII do art. 24, que dispõe ser dispensável a licitação na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.

Ocorre que aqui, não se está a autorizar a outorga da prestação de um serviço público a um particular por meio da dispensa de licitação, não. Aqui, se está a autorizar que a Administração Pública, na qualidade de consumidora, compre estes insumos junto às concessionárias sem a realização de licitação.

A explicação para tal autorização, segundo Justen-Filho (2005, p. 262), é:

A regra surgiu em virtude da reforma introduzida no setor elétrico, através de inúmeros diplomas legais. Deve lembrar-se que o regime geral da Leis nº 8.987 e 9.074 foi completamente alterado para o âmbito da energia elétrica. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Posteriormente, a própria Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, introduziu profundas modificações no modelo original.

Mas a crise no fornecimento de energia elétrica acabou conduzindo a inovações de outra ordem. As Leis nº 10.433/2002 e nº 10.848/2004 configuraram um novo modelo para o setor energético. Os diversos diplomas (que foram antecédidos de várias medidas provisórias) conceberam soluções de incremento de competição no setor, especialmente no tocante à atividade de geração. Ainda que mantidas concessionárias de serviços de geração e de distribuição de energia elétrica, admitiu-se a possibilidade de exploração das mesmas atividades sob o regime de direito privado (sob forte regulação estatal).

A proposta essencial reside na possibilidade de redução dos preços da energia elétrica, especialmente para os consumidores de grande porte. Logo, a Administração Pública poderia beneficiar-se dos mecanismos de mercado para contratar fornecimento de energia elétrica por preços mais vantajosos. Esse foi o fundamento lógico-jurídico que conduziu ao afastamento da licitação para contratações em tais condições.

Nesse sentido, a conclusão é que jamais poderá haver dispensa de licitação para a concessão de serviço público a particular.

Já a inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, pode ser diferenciada da dispensa, segundo Carvalho-Filho (2012, p. 266), da seguinte maneira:

Não custa repetir a diferença: na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente, na inexigibilidade é inviável a própria competição. Diz o art. 25 do Estatuto: É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição

Ou seja, na inexigibilidade é impossível a competição, não existem fornecedores ou prestadores do serviço múltiplos para que exista disputa entre eles, não se justificando a realização do procedimento licitatório. Nesse sentido, poderia ser cogitada a utilização desta modalidade de dispensa de licitação para a concessão de serviço público.

Resumindo tudo antes exposto, temos as maestrais palavras de Di Pietro (2011, p. 115):

No que diz respeito às hipóteses de dispensa de licitação, as Leis nº 8.987 e nº 9.074 silenciaram, o que permitiria, em uma interpretação simplista, a conclusão



de que se aplicam exatamente as mesmas hipóteses estabelecidas no art. 24 da Lei nº 8.666. No entanto, considero inaceitável esse entendimento, porque a dispensa de licitação, ao contrário da inexigibilidade, ocorre em situações em que o legislador faculta a contratação, embora haja possibilidade de competição. Em contrato como a concessão de serviço público, de natureza extremamente complexa, envolvendo grande volume de recursos e bens públicos, e com duração longa para permitir ao concessionário a recuperação dos investimentos, não se justifica a contratação direta, a não ser em casos de inexigibilidade de licitação. Alias, examinando-se o elenco do art. 24 da Lei nº 8.666, verifica-se que as hipóteses de dispensa de licitação, válidas para outros tipos de contrato, são incompatíveis com a concessão e permissão de serviço público.

Citando o exemplo da legislação paulista, a mesma doutrinadora elucida ainda mais a questão e dá a palavra final:

Por isso mesmo, andou bem o legislador paulista quando, na Lei nº 7.835, de 8-5-92, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos, relacionou apenas três hipóteses de dispensa, no art. 4º, incisos I, II e III: nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública, nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e quando não acudirem interessados à licitação e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas nesse caso as condições preestabelecidas.

Trata-se de hipóteses que, embora tratadas como dispensa, configuram típicos casos de inexigibilidade, não porque não haja, em tese, viabilidade de competição, mas porque as circunstâncias excepcionais, no caso concreto, impedem a competição, por manifestamente contrária ao interesse público. Nem haveria necessidade de menção expressa, porque à mesma conclusão levaria a aplicação do princípio da razoabilidade, sob o aspecto da proporcionalidade dos meios aos fins.

O mesmo dispositivo da lei paulista, no § 2º, determina que as hipóteses previstas nos incisos I e II. “a delegação deverá ser feita por meio de permissão de serviço público”. Mais uma vez está certo o legislador paulista. Sendo a permissão de natureza precária, justifica-se sua adoção pelo tempo mínimo necessário para que os óbices à licitação fiquem superados (DI PIETRO, 2011, p. 116).

Ou seja, dispensa de licitação é totalmente descabida nas concessões de serviço público, quando muito poderia se cogitar de casos de inexigibilidade, nos quais a competição é inviável, ainda assim, nestes casos, deverá se adotar a permissão de serviço público por ser instituto que permite à Administração Pública realizar o procedimento licitatório assim que as condições para a inexigibilidade cessarem. Essa é, sem dúvida, a posição que mais se coaduna com os princípios constitucionais do Direito Administrativo.

### **3 CAPÍTULO III**

#### **Subcontratação, Subconcessão e Cessão da concessão**

Este é, sem dúvida, o capítulo chave na compreensão deste trabalho. Aqui serão tratadas hipóteses em que pessoa distinta da vencedora da licitação passa a executar, total ou parcialmente, o serviço concedido. A referida análise terá, sempre, como plano de fundo os preceitos constitucionais acerca do tema, para, ao final, demonstrar como a hipótese de cessão da concessão prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987/ 95 é, flagrantemente, inconstitucional, em que pese as respeitáveis manifestações em contrário.

#### **3.1 Subcontratação – art. 25 da Lei nº 8.987/95**

O art. 25 da Lei nº 8.987 trata das responsabilidades do concessionário. A primeira delas, segundo o caput do artigo, é, justamente, prestar diretamente o serviço público que lhe foi concedido.

Há, contudo, previsão legal para que o concessionário possa contratar terceiros para a realização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados (§ 1º). Em outras palavras, o concessionário poderá contratar outras empresas para assessorá-lo na prestação do serviço. No entanto, algumas características dessa contratação devem ser expostas.

É de se ressaltar, em um primeiro momento, que a subcontratação é fundamental para a própria existência da concessão. Para Justen Filho (2003, p. 520-21):

(...) a terceirização ou subcontratação em sentido próprio é indispensável, necessária e inevitável. Tal como antes exposto, é impossível ao concessionário executar por si só e mediante concurso apenas de seus empregados, todas as utilidades que a prestação do serviço público demanda(...).  
(...) sob um certo ângulo, a promoção dessas contratações e sua submissão ao regime de direito privado e aos procedimentos de gestão privada são finalidades buscadas pela própria concessão.

Existem, é verdade, limites para a subcontratação. Tais limites são relativos à quantidade do serviço prestado e a ao tipo do serviço que será prestado pelo subcontratado. O Profº Justen-Filho (2003, p 520) sintetiza a questão de maneira brilhante:

A terceirização não pode, sob o prisma quantitativo ou horizontal, abranger toda a extensão do objeto da concessão. Se todas (ou quase todas) as atividades necessárias à prestação do serviço público forem transferidas a terceiros, haverá a desnaturalização da terceirização ou subcontratação. (...)

Sob o enfoque qualitativo ou vertical, a terceirização não pode versar sobre o núcleo do serviço público. Aquelas atividades essenciais e inerentes à prestação das utilidades aos usuários deverão ser executadas direta e pessoalmente pelo concessionário, sem transferência a terceiros.

É importante, também, frisar o alerta feito por Mello (2011, p. 741) para quem o âmbito das subcontratações é bem delimitado:

É certo que nisto (subcontratação) não se poderá absorver parte importante ou significativa da prestação do serviço, sob pena de tal “terceirização” desvirtuar o caráter intuitu personae da concessão e fraudar o sentido da licitação que a tenha precedido.

Nesse sentido, tem-se que a subcontratação fica reservada para atividades auxiliares, instrumentais, não podendo, nessa senda, ser subcontratado, pelo menos não nos moldes do art. 25, o objeto principal da concessão. Para Di Pietro (1999, p. 105) trata-se, simplesmente, de contrato de prestação de serviço firmado entre o concessionário e terceiro:

No caso de contratação de terceiros prevista no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, preparos, etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666; no entanto, por serem contratados pela concessionária e não pelo poder concedente não se submetem às normas dessa lei; não são contratos administrativos, mas contratos de direito privado.

Nesse mesmo sentido, segue Mukai (2002, p. 51), que reforça, ainda, a falta de vínculo entre o subcontratado e o poder concedente:

A admissão da contratação de terceiros para atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, não se revestem da forma de subconcessões, pois deverão reger-se

pelo direito privado, sendo que não se estabelecerá, no caso, nenhuma relação entre os terceiros e o poder concedente.

Fica claro, daí, que é perfeitamente possível a subcontratação no âmbito das concessões de serviço público, desde que respeitados os limites qualitativos e quantitativos, sob pena de estar-se a burlar a realização da licitação, e que o contrato firmado entre concessionário e terceiro é regulado pelo direito privado, não obrigando, dessa forma, o poder concedente.

Sintetizando tudo isso, e ainda alertando para incidência parágrafo único do art. 31, o qual reforça a inexistência de vínculo entre subcontrato e poder concedente, Wald (2004, p. 387):

As relações entre o concessionário e o contratado são comerciais e não de Direito Administrativo, e, em consequência, os contratos celebrados não se revestem das características do contrato administrativo, submetendo-se às normas do direito privado, e, portanto, não geram para o terceiro contratado qualquer direito oponível ao Poder Concedente.

Em razão da inexistência de vínculo entre o Poder Concedente e o subcontratado, todas as relações trabalhistas, por exemplo, estão fora, dos preceitos constitucionais e legais que regem os funcionários públicos. No âmbito do direito civil, os direitos do subempreiteiro são oponíveis ao concessionário, sendo inadmissível o exercício, pelo subcontratado, do direito de retenção, previsto nos arts. 939 e 1.092 do Código Civil (correspondentes, respectivamente, ao art. 319 e aos arts. 476 e 477 do novo Código Civil, tendo sido mantida a mesma redação do Código de 1916), já que os bens integrados à concessão são públicos. No parágrafo único do art. 31, o legislador das concessões, referindo-se, especificamente, às contratações, inclusive de mão-de-obra, reforça, os preceitos deste artigo.

O último ponto que precisa ser abordado quanto às subcontratações é a necessidade ou não de autorização do poder concedente para que elas possam acontecer.

Nesse ponto a doutrina diverge. Para Justen-Filho (2003, p.520) a subcontratação deverá ser comunicada à Administração Pública, a quem caberá avaliar o cabimento da subcontratação:

De modo geral, a formalização de contratos com terceiros deverá ser comunicada ao poder concedente, ao qual caberá avaliação sobre o cabimento e satisfatoriedade da solução adotada pelo concessionário (...).

(...) A fiscalização desenvolvida pelo poder concedente orienta-se, bem por isso, a verificar a compatibilidade da decisão de terceirizar adotada pelo concessionário com a satisfação do interesse público.

Como critério fundamental para avaliação da admissibilidade da terceirização, utiliza-se a pertinência da atividade terceirizada relativamente ao núcleo do serviço público.

A divergência é trazida por Di Pietro (1999, p. 105), para quem não existe a necessidade de autorização da Administração Pública, e ressalta que a licitação somente será exigida no caso dos terceiros serem contratados por empresas públicas:

Outro dado a realçar é que não há na lei qualquer exigência de que tais contratos sejam autorizados pelo poder concedente; o concessionário independe dessa autorização, mas ele é que responde perante o poder concedente pela prestação do serviço adequado, tal como estabelecido nas normas regulamentares e no contrato. Mesmo a licitação não é exigida para a celebração de tais contratos (a não ser que o concessionário seja empresa estatal).

Independentemente de qualquer divergência, o certo é que a subcontratação é válida, não fere qualquer preceito constitucional; vale dizer, a possibilidade de subcontratar se coaduna, inclusive, do ponto de vista teleológico, com a própria essência das concessões de serviço público.

## **3.2 Subconcessão – art. 26 da Lei nº 8.987/95**

### **3.2.1 Subconcessão propriamente dita**

Na subconcessão existem diferenças substanciais em relação à subcontratação que necessitam ser mais bem trabalhadas. Todavia, antes disso, é imperioso trazer a lume a distinção, apontada, ao que parece, exclusivamente por Justen-Filho, entre subconcessão própria e imprópria.

Para o Justen-Filho (2003, p.522): “o exame da subconcessão impõe a necessidade de uma diferenciação de duas espécies de subconcessão Poderia aludir-se a subconcessão propriamente dita e subconcessão imprópria.” Para o eminente autor (2003, p.523) “a subconcessão propriamente dita é o vínculo que se estabelece exclusivamente entre concessionário e um terceiro, não sendo apto a gerar efeitos perante terceiros, nem mesmo o poder concedente”.

Já a subconcessão imprópria é aquela disciplinada pelo art. 26 da Lei nº 8.987/95, nas palavras de Justen-Filho (2003, p.523):

O art. 26 da Lei nº 8.987 disciplinou outra figura, denominando-a de subconcessão. Essa subconcessão imprópria caracteriza-se por ser promovida diretamente pelo poder concedente, gerando vínculos diretos e imediatos entre ele e o subconcessionário, o qual se sub-rogará nos direitos e obrigações do subconcedente. Essa figura assemelha-se muito mais a uma cessão parcial da concessão do que uma subconcessão propriamente dita.

Não é possível identificar o regime jurídico de ambas as figuras, as quais envolvem regime jurídico muito diverso.

Conforme adiantado no trecho doutrinário acima destacado, a subconcessão imprópria do art. 26 assemelha-se a uma cessão parcial da concessão e, por esta razão, possuiu grande pertinência neste trabalho e é, de forma geral, a única forma de concessão realmente trabalhada pela doutrina. Contudo, antes que esta espécie seja efetivamente tratada, é importante que sejam pontuadas as características da subconcessão propriamente dita.

Para o eminente doutrinador paranaense (2003, p. 523), a definição deste tipo de subconcessão é esta:

O concessionário promove a duplicação do vínculo de concessão, de modo que um terceiro assume a atuação efetiva, garantindo ao concessionário certas vantagens e explorando o empreendimento com fins lucrativos. Um exemplo permite compreender melhor a subconcessão. Imagine-se concessão versando sobre a exploração de um túnel, em que o concessionário se obrigasse a construir a obra de engenharia e auferisse o direito de exploração por vinte anos, com tarifa de 20 unidades monetárias por veículo. Suponha-se que o concessionário transferisse para um terceiro as tarefas de execução e de exploração, mediante a previsão de que o subconcessionário pagaria a ele 0,2 unidades monetárias por veículo. Desse modo, o concessionário limitaria seus riscos e seu investimento, ainda que às custas da restrição ao potencial de lucratividade. Já o subconcessionário teria a possibilidade de obter resultados lucrativos, desde que racionalizasse o empreendimento, reduzisse custos e assim por diante.

Pois bem, as principais características, portanto, da subconcessão propriamente dita são, para Justen-Filho (2003, p. 522-24): o fato de que deve ser comunicada (não licitada) ao poder concedente sob pena de caducidade; que a relação jurídica entre concessionário e subconcessionário é de direito privado, que o subconcessionário assume o desempenho do

serviço em nome e por conta do concessionário e, por fim, que não há vínculo entre o poder concedente e o subconcessionário.

Este tipo de concessão não possui previsão legal, o que, sempre de acordo com as lições de Justen-Filho (2003, p. 525), não configura óbice a sua realização, para quem:

A ausência de previsão legislativa explícita não se afigura como impeditiva da instituição de subconcessão em sentido próprio. Pode argumentar-se, aliás, que a lei não disciplinou o tema por reputar que se trata de relação jurídica interna ao âmbito de interesse da concessionária, não apta a gerar efeito relativamente ao poder concedente.

O autor arremata, ainda, afirmando que (2003, p. 525):

A subconcessão (propriamente dita) consiste em instrumento de racionalização da gestão (...). Trata-se de fenômeno relacionado ao cenário de ampliação da eficiência gerencial, em que os custos fixos de uma grande empresa inviabilizam a rentabilidade de certas atividades de menor porte.

À míngua de manifestação doutrinária acerca da divisão, proposta por Justen-Filho, em subconcessão própria e imprópria e, também, acerca dos argumentos que o levam a sustentar esta posição, passo eu, ainda que extrapolando os limites acadêmicos desse trabalho, a expor às razões pelas quais considero insustentáveis as posições acima expostas, no tocante a possibilidade de utilização da subconcessão nos moldes propostos pelo eminente doutrinador.

Não há como, data máxima vênia, aceitar que seja utilizado este tipo de subconcessão, sem previsão legal. Aliás, não se trata apenas de ausência de lei que autoriza, mas sim de interpretação contra legem. Conforme dito anteriormente, é, segundo o art. 25 da Lei nº 8.987, o vencedor da licitação (para a outorga da concessão) o responsável pela prestação do serviço concedido, exceto nas hipóteses que a própria lei faculta que sejam contratados terceiros para a execução de atividades acessórias e complementares às da concessão propriamente dita.

Em outras palavras, ao arrepio do princípio da legalidade e de toda a sistemática legalmente estabelecida para as concessões, Marçal está a propor um alargamento da abrangência do art. 25, na medida em que sustenta ser possível tanto a subconcessão do próprio objeto da concessão, sem a devida licitação, quanto a subconcessão, quantitativamente falando, quase que total da prestação do serviço público concedido.

Seria criado, com isso, uma figura nova e estranha à legislação, qual seja, a do intermediário (a concessionária originária) entre o poder concedente e o subconcessionário. Poder-se-ia cogitar, nesse compasso, da existência de holdings gerenciando ou fiscalizando diversas concessões pelo país. Ou seja, um grande grupo empreendedor poderia se especializar em ganhar licitações com o escopo de “subconceder” as concessões para quem quer que fosse, em flagrante conflito com o princípio da isonomia, para apenas fiscalizá-las, obtendo lucro através de uma espécie de spread da tarifa paga pelo usuário.

Isso, além de desvirtuar o princípio da obrigatoriedade da licitação (art. 175 da CF/88), ao contrário do que concluiu o eminente doutrinador, não poderia gerar redução de tarifas, haja vista que seriam duas empresas a lucrar, em uma mesma concessão, à custa do usuário.

Contudo, conforme dito pelo próprio Justen-Filho, esta modalidade de subconcessão, por ele chamada de subconcessão propriamente dita, se confunde com uma espécie de cessão parcial da concessão, por esta razão os argumentos contrários, no sentido da inconstitucionalidade, aqui expostos se aplicam a hipótese do art. 27 da Lei nº 8.987, bem como os argumentos que forem externados quando da crítica ao referido artigo caberão, por sua vez, aqui também.

### **3.2.2 Subconcessão “imprópria”**

Esta é a modalidade de subconcessão que está prevista na Lei nº 8.987/95, razão pela qual a doutrina a trabalha com mais afinco.

Nessa situação, diversamente do que ocorre com a subconcessão propriamente dita, o vínculo é formado, não somente entre o concessionário e o subconcessionário, mas, sim, entre subconcessionário e poder concedente, formando uma verdadeira relação de direito público, na medida em que, por força do § 1º do art. 26, é exigida a realização de licitação prévia para a escolha da subconcessionária.

Nas palavras de Wald (2004, p. 388-89), temos que:

Constitui subconcessão o contrato administrativo, em que a concessionária figura não como contratante em nome próprio, mas no do Poder Público



delegante, operando-se a sub-rogação legal dos direitos e obrigações próprios do concessionário e terceiros, nos limites da subconcessão, mediante a seleção da melhor proposta, em processo licitatório que deve revestir-se de todos os requisitos ditados pela Lei de Concessões, aplicada subsidiariamente a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Há, também, as didáticas palavras de Di Pietro (1999, p. 2005), que destaca, ainda, que tal instituo assemelha-se muito a uma cessão parcial da concessão:

Pois bem, a subconcessão é um contrato celebrado à imagem da concessão a que se vincula. Implica, também, a outorga de poderes do subconcedente para o subconcessionário, de tal modo que este assume as mesmas prerrogativas, os mesmos encargos e as mesmas responsabilidades que o subconcedente, nos limites definidos no contrato de concessão. Por isso mesmo, a subconcessão se faz por contrato administrativo e não por contrato de direito privado. Além disso, a lei exige expressa autorização do poder concedente e licitação sob forma de concorrência, para a subconcessão.

Na subconcessão, é uma parte do próprio objeto da concessão que é transferida para outra empresa. Por exemplo, uma concessionária que tenha concessão para explorar dez linhas de ônibus, faz a subconcessão de duas delas.

Estabelecido, então, que a subconcessão é instituto que autoriza a transferência parcial do objeto da concessão para terceiro que se sub-roga nos direitos do concessionário originário, e se realiza por meio de contrato administrativo, precedido de licitação na modalidade concorrência, criando vínculo direto entre a subconcessionária e o poder concedente, em uma relação de direito público. Resta esclarecer três pontos: (1) É necessária previsão editalícia para que se possa subconceder a prestação do serviço público? (2) Quem é o responsável pela realização da licitação para a subconcessão; o concessionário ou o poder concedente? (3) Após a realização da subconcessão, como fica a relação entre concessionária e subconcessionária?

Quanto à necessidade de autorização editalícia para a realização da subconcessão a doutrina não é unânime.

Ainda que o art. 26 da Lei nº 8.987 exija, apenas, que a possibilidade de subconceder a prestação do serviço esteja prevista no contrato de concessão, Carvalho Filho (2010, p. 524) entende que é indispensável a previsão no edital da possibilidade de subconceder:

Desde que autorizada no contrato e **prevista no edital licitatório**, admite-se a subconcessão, instrumento por meio do qual parte da prestação do serviço é terceirizada a outro concessionário. A medida exige expressa autorização do poder concedente (art. 26 da Lei n. 8.987/95). Para evitar violação da exigência constitucional, deve-se considerar obrigatória a realização de licitação na

modalidade concorrência para selecionar o beneficiário da subconcessão. (grifo nosso)

O maior administrativista desse país, Mello (2010, p. 724) segue nessa mesma linha, e crítica o texto da lei:

Desde logo, convém observar que a referência à possibilidade de realizá-la “nos termos do contrato” é insatisfatória. Isso porque, se tal possibilidade não houver sido prevista no edital, qualquer previsão contratual a respeito será inválida, por desbordar daquele documento básico (salvo, é óbvio, se a cláusula permissiva houver constado da minuta do contrato integrante do edital).

Com esta ressalva final, Mello leciona que não existe a necessidade de que esteja escrita tal previsão no corpo do texto do edital. Pode estar escrita na minuta do contrato que instrui o edital da licitação. Em outras palavras, o importante é que seja de conhecimento de todos, desde o início do certame, que esta prestação de serviço, que será concedida à iniciativa privada, poderá, a critério do poder concedente, ainda que requerido pelo concessionário, ser subconcedida a outras empresas. Não sendo possível a alteração contratual posterior para permitir a subconcessão.

Este entendimento, contudo, não é unânime.

Justen Filho (2003, p. 526), ressalta que alterou seu entendimento, uma vez que a lei não faz exigência de previsão no edital:

Alterando entendimento anterior, reputa-se que a subconcessão não depende de previsão no ato convocatório, já por ocasião da outorga da concessão. Essa interpretação vai além do que está explicitado no art. 26 – que se restringe a exigir a observância das condições contratuais. Nem o dispositivo legal que disciplina o ato convocatório faz explícita referência ao tema.

É possível, então, ao longo da existência da concessão ser prevista subconcessão, disciplinando-se suas condições por meio alteração contratual.

De todo modo, não se admite essa figura de subconcessão imprópria por deliberação unilateral do concessionário. Sempre se fará necessária a prévia aquiescência do poder concedente, mesmo quando a possibilidade da ocorrência constar expressamente do ato convocatório.

Na falta de manifestação jurisprudencial, fica, então, para o caso concreto a análise da regularidade da subconcessão sem a previsão editalícia, adiantando, desde já, que em análise perfunctória, não parece estar, tal possibilidade, enquadrada nos limites do microsistemas das

concessões. É verdade, no entanto que a exigência de licitação na modalidade concorrência mitiga de certa forma qualquer eventual suspeita de imoralidade na utilização desta opção.

No que toca à realização do procedimento licitatório para a escolha do subconcessionário, a dúvida que paira, diante do silêncio da lei, é justamente saber quem é o responsável pela realização do certame.

Nesse ponto, mais uma vez, não há consenso.

É imperioso, entretanto, antes que adentre a controvérsia acerca da responsabilidade pela execução da licitação, rememorar alerta doutrinário de grande valia para o objeto deste trabalho. MUKAI (2002, p. 51) destaca que a inobservância da realização da licitação para a subconcessão representa burla ao art. 175 da CF/88:

O § 1º contém uma norma rigorosa: a outorga da subconcessão será sempre precedida de concorrência.

E não poderia deixar de ser assim, pois se o art. 175 da Constituição Federal determina que a prestação dos serviços públicos, quando levada a efeito sob regime de concessão ou permissão, deverá sempre ser precedida de licitação, se tivéssemos subconcessões a empresas que sequer participassem de licitações, estaríamos, no caso fraudando o referido dispositivo constitucional.

Pois bem, estabelecida, mais uma vez, a importância do procedimento licitatório, agora há se verificar quem é o responsável pela sua realização.

Para Justen-Fillho (2003, p. 526), por se tratar de procedimento de direito público, deve ser promovida no âmbito do poder concedente:

Como a subconcessão imprópria envolve um vínculo formal entre o poder concedente e o subconcessionário, a formalização, da avença dependerá da observância de procedimentos de direito público.

Incumbe privativamente ao poder concedente promover todos os atos para implementar a subconcessão. O procedimento licitatório deverá fazer-se no âmbito do poder concedente. Serão editados por esse o ato convocatório, a minuta do contrato, etc.

As regras da licitação para a subconcessão não poderão ser distintas daquelas previstas para concessão. Seguir-se-á a mesma disciplina legal, inclusive no tocante aos tipos de licitação.

Existem situações, no entanto, em que a concessionária é ente da administração pública indireta, o que viabilizaria que o procedimento licitatório para a seleção do subconcessionário fosse realizado no âmbito da concessionária. Agora, quando a concessionário é empresa privada, seria impossível, para ela, realizar o certame justamente por falta de regulamentação legal para tanto, nesse sentido, e com melhores palavras, Porto Neto (1998, p. 131):

A solução do problema, contudo, não nos parece tão simples quando a concessionária seja um empresa particular. Nada impede que os particulares pratiquem atos disciplinados pelo regime de direito público – e, portanto, que promovam licitações. Mas a regulamentação legal vigente é insuficiente para viabilizar a proposta. Por essa razão, a possibilidade de licitação promovida por particular esbarra na falta de disciplina legal adequada ao momento. O problema não se põe, contudo, quando a concessionária seja empresa estatal. Nesses casos, ela poderá promover a licitação pública, em conformidade com o regime jurídico das licitações promovidas pelo poder concedente (...)

Nessa mesma linha, segue Mello (2010, p. 724), quando afirma que ao concessionário cabe apenas, quando quiser se exonerar de parte do serviço público a ele concedido, comunicar ao poder concedente, a quem competirá promover a licitação:

Uma vez que a subconcessão deve ser precedida de concorrência, deve-se concluir que a escolha do subconcessionário não é ato pertinente ao concessionário, pois concorrência é procedimento de Direito Público, só efetúvel por entidades governamentais. Assim, tudo que o concessionário poderá fazer, na matéria, é postular do concedente seu inequívoco direito à exoneração de responsabilidade em relação à parte do serviço suscetível de ser subconcedida, na conformidade da autorização do concedente.

A controvérsia é instaurada por Di Pietro (1999, p. 106), em verdade, tal controvérsia é apenas aparente, na medida em que a eminente doutrinadora advoga a tese de que a concessionária deva ser a responsável pela realização do procedimento licitatório, contudo cita exemplo da legislação paulista que autoriza que a subconcessão seja realizada apenas por entes da administração indireta, ou seja, apenas quando a concessionária estiver submetida ao regime de direito público, veja-se:

O que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessionária.

Já foi dito que uma das características da concessão de serviço público é a de implicar a outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário;

assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si essa prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última hipótese parece ser a mais correta, já que a relação vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário. Trata-se de matéria que pode ser disciplinada pela legislação estadual e municipal. Na Lei paulista nº 7.835, de 8-5-92, a subconcessão só é autorizada quando a concessionária for entidade da Administração Descentralizada (art. 9º, § 1º), o que parece ser mais adequado, porque essas entidades estão parcialmente sujeitas a regime jurídico publicístico, inclusive à lei de licitações.

Diante de tudo isso, parece ser a melhor interpretação aquela que exige autorização editalícia para que possa ocorrer a subconcessão, e quando esta for realmente efetivada que seja por meio de procedimento licitatório, instaurado pelo Poder Concedente, a pedido da concessionária, sempre mediante autorização, ou por sua própria iniciativa. Já nos casos em que a concessionária é pessoa jurídica de direito público pertencente à administração pública indireta, não haverá impedimentos para que a própria concessionária realizasse o certame.

Por fim, já foi dito aqui que a subconcessão cria um vínculo direto entre subconcessionária e poder concedente, então, nesse caso, cabe indagar qual seria a relação mantida entre concessionária e subconcessionária.

Em termos extremamente sintéticos e de forma prática, poder-se-ia dizer que não subsiste qualquer relação entre a concessionária e a subconcessionária. Vale lembrar, aqui, o § 2º do art. 26, que preceitua que o subconcedente irá se sub-rogar nos direitos e obrigações da concessionária, em relação ao objeto que foi subconcedido.

Nesse sentido, Justen Filho (2003, p. 527):

(...) Cria-se vínculo jurídico entre o poder concedente e o subconcessionário. Este se sujeitará aos poderes jurídicos daquele. O regramento da prestação do serviço, estabelecido a propósito da concessão, estender-se-á ao subconcessionário. Além, dos vínculos derivados da concessão, surgem aqueles relativos à subconcessão. Mas essa vinculação é restrita e limitada. Existe apenas para o fim de assegurar ao concedente o exercício de seus poderes relacionados com o desempenho, a eficiência e a continuidade do serviço público.

Dentro desse contexto é que se deve interpretar o § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987, que prevê a sub-rogação do subconcessionário em todos os direitos e obrigações do concessionário, nos limites da subconcessão. A regra tem de ser interpretada em função da avença. Ao contrário do que se passa na subconcessão própria, na hipótese ora examinada o subconcessionário será titular de direitos em nome

próprio em face do poder concedente, podendo atuar tal como se fosse concessionário. Isso significa que o concessionário deixará de ser titular dos direitos e dos deveres inerentes ao âmbito de atuação em se promover a sub-rogação do subconcessionário.

Salientando, ainda, a exoneração de responsabilidade da concessionária pelos atos e omissões da subconcessionária, Porto-Neto (1998, p. 131), com sabias palavras, reforça a falta de vínculo entre ambas:

Não nos parece possível, todavia, equiparar o instituto à figura da cessão do contrato sem exoneração de responsabilidade, a que alude Orlando Gomes. É que, sendo a subconcessionária escolhida por meio de licitação pública, como exige a lei, e diante da relação direta entre ela e o poder concedente, não se pode impor à concessionária qualquer responsabilidade pela sua (da subconcessionária) inadimplência. Daí por que a concessionária não fica responsável pela prestação dos serviços assumida pela subconcessionária.

Dessa forma, diante do vínculo direto criado, em decorrência da licitação pública, entre subconcessionária e poder concedente, e, também, da ausência de relação jurídica entre concessionária e subconcessionário, percebe-se, claramente, que a subconcessão, prevista no art. 26 da Lei nº 8.987/95, é na verdade uma cessão parcial da concessão. Em termo práticos, do ponto de vista do poder concedente, existem, a partir da subconcessão, duas concessões distintas.

### **3.3 Transferência da concessão e transferência do controle acionário da concessionária –art. 27<sup>4</sup> da Lei nº 8.987/95**

Superadas as hipóteses de subcontratação e subconcessão, é chegada a hora de trabalhar com a previsão do art. 27 da Lei nº 8.987/95, que autoriza a transferência de concessão ou do controle societário (ou acionário) da concessionária sem a realização de prévia licitação, e verificar se essas hipóteses representam burla ao artigo 175 da Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucionais.

Antes de adentrar, propriamente, ao problema proposto, devem-se rememorar alguns conceitos envolvidos, que de mais a mais já foram tratados ao longo deste trabalho, a começar pela natureza jurídica da concessão de serviços públicos.

Neste ponto, como visto, não há consenso quanto ao seu caráter contratual, porque apesar de ser um ajuste bilateral, oneroso, carece de comutatividade na medida em que a contraprestação recebida pela concessionária, na verdade, é proveniente das tarifas pagas pelos usuários dos serviços públicos, e não propriamente pela Administração.

Independente da concepção que se adote, seja ela mais próxima à teoria unilateral, contratual ou mista; e nesse ponto recomenda-se a leitura do primeiro capítulo desse trabalho, o fato é que se trata de uma avença em que o concessionário presta os serviços concedidos em nome próprio, por sua conta e risco, sujeito à constante regulamentação e fiscalização do poder concedente que pode retomar o serviço a qualquer tempo.

---

<sup>4</sup> Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços;

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo;

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.

Assim, ganha relevo, aqui, perquirir se esta avença, tenha ela ou não caráter contratual, é realizada *intuitu personae* ou não, já que isto orienta os posicionamentos acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95.

Alguns autores defendem que a concepção clássica, do direito civil, acerca dos contratos personalíssimos, não pode ser aplicada no âmbito do direito público, na medida em que, por força do princípio da impessoalidade, esculpido no art. 37 da CF/88, a Administração Pública não se vincula à pessoa do contratante, mas, sim, às características objetivamente aferíveis que determinada pessoa possui. Nesse sentido, as palavras, ainda que longas, mas didáticas de Justen Filho (2003, p.531) acerca do personalismo nos contratos administrativos:

Essa ponderação é relevante por ser usual a lição de que os contratos administrativos se caracterizam como personalíssimos, posição da qual o autor discorda. Ao menos rejeita aplicar-se ao contrato administrativo a concepção privatista de contrato personalíssimo. Isso não significa defender a livre cessibilidade de posição contratual no âmbito dos contratos administrativos, mas considerar a questão sob enfoque peculiar do Direito Público. Acerca do tema, insiste-se com o raciocínio de que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra... Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo. Daí decorre o entendimento de não ser aplicável ao âmbito dos contratos administrativos, de modo automático, algum princípio geral vedando a cessão da posição contratual. Não se pode admitir, em face do sistema jurídico brasileiro, alguma regra geral excludente do cabimento da alteração na identidade do sujeito que contrata com a Administração.

Nessa esteira, vai, também, Wald (2004, p. 392) para quem o requisito de licitação já foi atendido quando da licitação para a outorga da concessão, uma vez que são mantidas todas as condições objetivas da concessão e do concessionário:

Na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência da concessão a outra pessoa. Nesse caso bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do Poder Concedente incumbida de autorizar a transferência da concessão.



O que estes autores estão a aduzir, em apertada síntese, é que a cessão da concessão ou do controle societário da empresa concessionária de serviços públicos não constitui nova concessão, pois que há a manutenção de todas as cláusulas e condições do contrato inicialmente estabelecido. Assim, uma vez realizada a licitação para a concessão originária, não há que se falar em lesão ao art. 175 da CF/88, quando da aplicação do art. 27.

Em outras palavras, os autores sustentam que o contrato administrativo não é, ao menos no âmbito das concessões de serviço público, *intuitu personae*, pois, em decorrência do princípio da impessoalidade, não importa, à Administração Pública, as características subjetivas do prestador de serviços; basta que possua as mesmas qualidades do licitante vencedor e que o serviço cedido seja realizado de maneira eficiente.

Nesse ponto, é importante distinguir as duas hipóteses apresentadas, quais sejam, a cessão da concessão e a alteração do controle acionário da concessionária. Isto porque a questão da impessoalidade ganha maior relevo nesse ponto. Enquanto na primeira hipótese é alterada completamente a pessoa jurídica responsável pela prestação do serviço concedido, na segunda, mantém-se a mesma pessoa jurídica, sendo alterados apenas os seus controladores.

Pela leitura deste trabalho já se pôde observar que, aqui, é sustentada a inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão sem prévio procedimento licitatório. Todavia, não parece merecer o mesmo tratamento a hipótese de alteração no controle acionário da pessoa jurídica responsável pela concessão.

Mello (2010, p. 723) explica por quais razões alterou seu entendimento no sentido de considerar que a modificação do controle acionário da concessionária não representar burla a licitação, sendo, portanto, constitucionalmente aceitável, ainda que fraudes possam ser realizadas por meio desse mecanismo:

Na edição anterior deste curso sustentamos sua inadmissibilidade, impressionados com a circunstância de que alguma vezes dita transferência estava sendo utilizada como uma desnaturação do certame licitatório. Isto é, uma vez ganha a licitação e com isto valorizada a empresa de propósitos específicos constituída para assumir a concessão, vendia-se seu controle acionário absorvendo ganhos produzidos por tal expediente, instrumentalizando dessarte um instituto de direito público concebido para finalidade evidentemente diversa. Estribávamo-nos em que, como é o controlador que tem poderes para imprimir à empresa os rumos, a higidez, a seriedade de conduta e eficiência – ou seja, sua

própria feição – a mudança do controle acionário afetaria a própria identidade dela. Logo, não seria possível, sem ofensa ao princípio da licitação, reconhecer a qualidade de concessionário a quem, em virtude da aludida mudança, não pode ser considerado o mesmo que participou do certame responsável pela escolha de quem deveria prestar o serviço.

Já não mais sustentamos tal entendimento.

Com efeito, tal inteligência é exagerada, pois nas empresas o que se exige são dados atribuídos objetivamente aferíveis, não sendo tão importante a pessoa dos controladores, mas de quem de fato lhes imprime a direção. Por isto, levada a extremo a posição referida, nem mesmo a diretoria das grandes empresas poderia ser mudada (o que evidentemente seria um absurdo), pois é ela que imprime o rumo das empresas, maiormente nas sociedades anônimas em que como é notório, há grande impessoalidade. Assim, se é certo que devem ser coibidos os desvios, toda vez que se possa concluir que a transferência do controle é a conclusão de uma manobra adrede preconcebida na qual a licitação foi utilizada como mero instrumento de valorização da empresa para negociá-la ulteriormente, não se deve, contudo, generalizar tal vedação, a fim de não colher mais do que o necessário para evitar práticas abusivas e prevenir-se de desembocar em incongruências.

Isto é, sem dúvida, o máximo que se pode aceitar no que toca ao princípio da impessoalidade, ou seja, não importa à Administração Pública quem dirige a empresa, importa, sim, que seja a mesma empresa que venceu a licitação e que esta mantenha suas condições objetivamente aferíveis. Essa delimitação das conotações que o mesmo princípio pode ter, de acordo com o seu contexto de utilização, é bastante relevante, já que a impessoalidade deve permear a atuação da administração pública, enquanto viabilizadora do próprio princípio da isonomia.

Superada a questão da impessoalidade, surge novo argumento favorável à constitucionalidade da cessão da concessão, qual seja, o da necessidade de continuidade do serviço público.

Em outras palavras, eventualmente a concessionária que desejasse ceder a sua concessão, o faria por se encontrar em situação econômica ou técnica incompatíveis com a continuidade da prestação do serviço público e que a essencialidade de manutenção deste não se coadunaria com o lento procedimento licitatório.

É certo que em situações como a descrita acima, se está a falar em dispensa/inexigibilidade de licitação.

Nesse sentido, Blanchet (1999, p. 151) ao comentar o, já tantas vezes mencionado, art. 27:

(...) Esse dispositivo traz implícita, como se vê, a terceira norma: a transferência operada nas condições deste art., como hipótese de dispensa de licitação para a nova concessão, a qual – dispensa - será viável somente quando não for possível promover nova licitação sem comprometer a continuidade do serviço, condição esta que, embora não esteja explícita no texto legal, impõe-se por força dos princípios orientadores da licitação e da concessão, para evitar a incerteza e a instabilidade dos efeitos da licitação da qual resultou a concessão a ser transferida.

A outra razão do legislador ao inserir a primeira norma neste art. é o comum à da inclusão também da segunda norma – transferência do controle acionário - a necessidade da preservação da continuidade do contrato e da prestação adequada do serviço concedido (...)

É nobre, sem dúvida alguma, a preocupação da doutrina com a continuidade da prestação do serviço público, e, com isso, identificar no art. 27 alguma espécie de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Acontece que, em primeiro lugar, o artigo não trata disso, mas, sim, de facultar à concessionária a disposição de sua concessão, ou seja, defender a constitucionalidade deste permissivo baseando-se em hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não parece ser pertinente. Em segundo lugar, como já foi dito no capítulo 2 deste trabalho, as hipóteses de dispensa de licitação estão taxativamente estabelecidas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, e entre elas não está a previsão para sua utilização nas concessões de serviço público.

Por fim, poder-se-ia cogitar a inexigibilidade de licitação, está sim é cabível. Todavia, como também já foi dito no momento oportuno, nesses casos é mais ajustado ao regime constitucional, que a transferência da concessão, ou mesmo a contratação direta de um novo concessionário, se dê por meio de permissão ou autorização de serviço público, por serem contratos de menor duração. Em outras palavras, essa situação de precariedade jurídica deverá durar apenas o tempo necessário para que se realize nova licitação, esta sim para a concessão do serviço público à concessionária vencedora da concorrência pública, respeitando, dessa forma, o art. 175 da CF/88, sem deixar desamparados os usuários do serviço público.

Nesse sentido, querer legitimar o art. 27 afirmando que não haverá prejuízos, já que ambas as empresas – cedida e cessionária – possuem características técnicas similares, e haverá a concretização do princípio da continuidade dos serviços públicos é forçar a interpretação do ordenamento jurídico a qualquer custo, infringindo formalidades mínimas que garantem, aí sim, a continuidade e o bom funcionamento dos institutos do direito administrativo.

Contudo, a impessoalidade e a necessidade de continuidade da prestação do serviço público não são os únicos aspectos relevantes.

Outro ponto de revelo, é que ao considerar válida a hipótese prevista no art. 27, se produz uma contrariedade sistêmica ilógica. Isso porque, para a subconcessão prevista no art. 26 da Lei nº 8.987/95, a qual, segundo demonstrado neste capítulo, se trata de cessão parcial da concessão, é exigida a concorrência pública, não faria sentido que para a cessão total (art. 27) fosse dispensada tal exigência.

Ou seja, a hipótese de cessão da concessão sem a prévia licitação, além de ser flagrantemente inconstitucional, nem sequer consegue superar um mero exame sistêmico da própria lei em que está inserida. Nesse sentido, Gasparini (1995, p. 619):

Atende-se que para essa operação, regulada pelo art. 27, não é exigida concorrência, basta que o interessado atenda às “exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço” e se comprometa a “cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”.

Essa transação em termos tão simples é, no mínimo, contraditória, na medida em que é exigida a concorrência para a subconcessão, que é o menos em relação à transferência (...)

Outro autor que advoga a incoerência da situação apontada é Amaral (2002, p.31), o qual ressalta como já foi dito, que a subconcessão se trata de cessão parcial da concessão:

(...) se a subconcessão (cessão parcial da concessão) deve ser precedida de licitação, também a transferência (cessão total da concessão) deve ser licitável, sob pena de permitir, mediante transferência, a outorga de concessão sem prévia licitação, com burla a normas constitucionais e legais.

Outro ponto, sem dúvida o mais importante deles, em desfavor da possibilidade de cessão da concessão é que tal hipótese simplesmente fulmina o princípio da isonomia, ou seja, impede que aqueles que desejem contratar com o Estado tenham meios para tal, na medida em que, ainda que pendente de autorização da Administração Pública, quem escolhe o cessionário da concessão é o próprio concessionário. Nessa esteira, as palavras de Di Pietro (1999, p. 106):

As únicas exigências da Lei nº 8.987, expressas no art. 27, são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes exigências: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica

e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Nada diz sobre a exigência de licitação. A favor dessa exigência poderiam ser apontados alguns argumentos: em primeiro lugar, a licitação erigiu-se em princípio de natureza constitucional a partir da Constituição de 1988; em segundo lugar, outro entendimento poderia significar que se exige licitação para a subconcessão parcial, que é o menos, e não para a transferência, que é o mais; em terceiro, a contratação direta, na caso seria um convite à burla, pois permitiria que uma empresa contratada pelo procedimento da concorrência simplesmente passasse o objeto do contrato a outra, sem atender às **exigências da licitação, destinados a atender não só os interesses da Administração em escolher a melhor proposta, mas também assegurar a igualdade de oportunidades aos que queiram com ela contratar.**(grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, Mello (2010, p. 532), ao comentar os princípios da licitação, aduz:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também, o de ensinar **oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.** É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional.

Como visto até agora, todos os argumentos favoráveis à hipótese de transferência da concessão foram sempre no sentido de que a licitação originária, aquele que escolheu a concessionária, já cumpriu o seu papel, uma vez que obteve a melhor proposta para a Administração Pública, e traçou os critérios objetivos relacionados com a prestação do serviço, e, por está razão, não haveria a necessidade de promover nova licitação para a seleção do cessionário da concessão, ou seja, daquele que virá a receber a concessão por meio da transferência.

Pois bem, o que Di Pietro e Mello procuram é trazer para o argumento outra perspectiva do problema. Mais do que isso, eles apresentam outra face do procedimento licitatório. A face que garante o acesso de toda e qualquer pessoa à possibilidade de contratar com o Estado, tendo como única condição para tal desiderato a submissão a um procedimento previamente estabelecido e objetivamente conduzido. Trocando em miúdos, a licitação não se presta tão somente à obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, mas é, em verdade, direito das pessoas brasileiras (físicas ou jurídicas) e até as estrangeiras.

Aliás, a possibilidade, consagrada no art. 27 da Lei nº 8.987/95, de cessão da concessão por opção do concessionário e sendo ele a escolher a cessionária, não é desprovida de carga ideológica, muito pelo contrário.

Tem-se um embate entre a liberdade do concessionário para escolher aquele que será destinatário da cessão da concessão e o direito à igualdade de oportunidades que todos aqueles que possuem a capacidade técnica para a prestação do serviço tem de contratar com o Estado e assumir a concessão de serviço público.

No que tange a esse embate ideológico, as maestrais palavras de Afonso da Silva (2009, p. 211):

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicaria o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza como domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Isso ganha ainda mais pertinência quando se constata que a Lei nº 8.987 se originou do Projeto de Lei nº 179, de 1990, de iniciativa do, à época, Senador Fernando Henrique Cardoso, sendo, depois, sancionada, a lei, pelo mesmo Sr. Fernando Henrique, nesse momento Presidente da República, em 1995, durante seu primeiro governo.

Dessa forma, fica claro qual era o intuito do constituinte originário ao estabelecer em 1988, no caput do art. 175 da Constituição Federal, a expressão “sempre através de licitação”, ou seja, queria frear a ganância neoliberal que já começava a se arquitetar no Brasil, capitaneada pelo Sr. Fernando Henrique, garantindo, pelo menos, que as atribuições do Estado fossem repassadas à iniciativa privada por meio de um procedimento público e, pelo menos em tese, transparente.

Infelizmente a vontade do constituinte não vem sendo respeitada pelo legislador, uma vez que continuam subsistindo dispositivos legais que buscam driblar a exigência constitucional.

Além disto, é possível perceber que a doutrina, ao defender a constitucionalidade do art. 27, sempre põe o interesse da Administração Pública e a suposta incidência do princípio da impessoalidade à frente da isonomia entre aqueles que desejam contratar com o Estado, olvidando por completo a característica da qual se reveste o procedimento licitatório, qual seja, de instrumentalizar a igualdade de oportunidades entre os interessados, representando, para estes,

direito à participação no certame. Isso fica claro quando se analisa o compêndio de argumentos a favor da constitucionalidade do referido artigo, feito por Motta (2007, p. 130-1):

A constitucionalidade do art. 27, há tempos posta em dúvida, resta demonstrada por inúmeras razões, dentre as quais:

O STF não concedeu liminar; o dispositivo em questão não foi revogado e está em vigor, tendo sido objeto dos acréscimos mencionados.

Estamos convictos da certeza jurídica da Decisão 358/95 do TCU que tratou de tema semelhante. A Corte de Contas, com base nos arts. 20 e 21 da Lei 9.024, entendeu que “não se requer procedimento licitatório para que a concessionária de projeto de geração de energia hidrelétrica inclua no plano de concessão de obras do mesmo projeto a associação com terceiros, na modalidade de consórcio empresarial do qual seja a mesma líder”. Observe-se que o TCU, embora questionando tal transferência do contrato em outros tipos de licitação, tratados na Lei 8.666/93, admite-a, entretanto, nas hipóteses de concessão e permissão previstas no art. 27 da Lei 8.987/95. E, nesse ponto, a Carta Magna, em seu art. 5º, XX, é expressa: “ninguém poderá ser compelido associar-se ou a permanecer associado”.

Doutrinariamente, o Professor Arnaldo Wald, comentário específico, desfez qualquer dúvida sobre o texto do artigo em tela, que havia anteriormente criticado. Na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para atendimento aos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando da sua transferência para a outra pessoa.

O instituto da concessão envolve grandes investimentos e exige um tratamento ágil, objetivo e realista. Sua abordagem legal, portanto, deve favorecer a dinamicidade da realidade, que exige soluções eficazes para satisfazer ao interesse público sempre prevalente.

O argumento mais decisivo prende-se às cautelas que o legislador soube adotar para a transferência, no próprio art. 27, e seus parágrafos, aduzindo-se a ressalva do art. 37, que reitera a diretriz do art. 27.

Impõe-se citar a expressa referência do art. 30 da Lei 10.233, de 5/6: “É permitida a transferência da titularidade das outorgas de autorização, concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29 (...)”

Conforme dito anteriormente, nenhum dos argumentos levou em consideração a isonomia. De qualquer forma, a análise dos itens acima elencados pode trazer maior esclarecimento para o problema proposto.

O item de letra “a” não traz maiores esclarecimentos, já que o STF, na ADI 2.946 que tem por objeto a inconstitucionalidade da hipótese de cessão da concessão (art. 27), nem sequer decidiu a questão da antecipação da tutela, ou seja, o STF não se manifestou. Silêncio, este, do qual não se pode extrair conclusão alguma.

O item “c”, por sua vez, já foi trabalhado quando foi refutada a aplicação do princípio da impessoalidade, pelo menos nos moldes propostos por Arnoldo Wald.

A letra “d”, está relacionada à continuidade da prestação do serviço público. Isto, também, já foi tratado, mas algumas considerações continuam pertinentes. Nesses casos, nos quais a concessionária originária já não mais tem interesse ou condições de permanecer à frente da concessão, a Administração Pública pode, além da já mencionada possibilidade de permitir ou autorizar que outra pessoa jurídica assuma a concessão pelo tempo mínimo necessário para que seja realizada outra licitação, assumir a prestação do serviço ela mesma, inclusive utilizando os empregados e equipamentos da concessionária para dar continuidade ao serviço, está é a previsão do art. 36 da Lei nº 8.987. Dessa forma, não se justifica a previsão do art. 27, como forma de garantir a continuidade do serviço público.

A assertiva “e” não diz nada, apenas indica que autorização da Administração Pública, que deve verificar as condições de capacidade técnica e financeira da nova concessionária, supre a falta da licitação. Isto, com outras palavras, diz o mesmo que o argumento da impessoalidade exposto no item “c”.

Já o item “f” é completamente descabido, uma vez que tenta justificar a constitucionalidade de um artigo de lei, comparando-o à outra lei e não verificando sua relação com o texto da Carta Magna. Ou seja, ambas podem ser inconstitucionais, o que não traz nada de novo à discussão.

O item “b”, no entanto, é de grande importância, pois, ainda que o autor tenha tratado, ao que parece, de hipótese de subconcessão ou até mesmo de subcontratação, deixou a porta aberta para a exposição da única hipótese de transferência de concessão que não se desvela inconstitucional.

Tal hipótese é justamente aquela tratada no art. 20 da Lei nº 8.987/95, que autoriza a participação de consórcio de empresas no certame, o qual, em caso de sucesso, deverá ou poderá se constituir em empresa para a prestação do serviço. Trata-se de hipótese de transferência na medida em que a personalidade jurídica do consórcio vencedor da licitação, não se confunde com a empresa que prestará o serviço, sendo, desta forma, espécie de transferência da concessão para pessoa distinta da vencedora.



Aqui não se está, no entanto, a burlar ao comando constitucional que determina a realização de licitação. Isso porque, a empresa será constituída por aquelas pessoas jurídicas que participaram e venceram o certame.

Porto Neto (1998, p. 134-5) esclarece a hipótese:

O art. 20 da Lei nº 8.987 disciplina a criação de empresa por consórcio vencedor da licitação pública para receber a outorga da concessão. Nos termos do dispositivo legal, “é facultado ao poder concedente, deste que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato”.

Nem precisaria ser dito que as personalidades jurídicas das empresas reunidas em consórcio não se confundem com a da empresa a ser constituída. Daí que, formalmente, trata-se de transferência da concessão.

Note-se que o art. 20 da Lei n. 8.987 contempla hipótese em que a constituição de nova empresa é obrigatória. Nada impede que, mediante anuência do poder concedente (art. 27), a mesma solução seja adotada em outros casos (quando o vencedor da licitação seja pessoa jurídica isolada e quando a concessão já tenha sido outorgada a pessoa jurídica ou consórcio de empresas).

A pessoa jurídica a ser criada deve reunir todos os atributos exigidos na licitação pública para a habilitação dos interessados. É o que prescreve, aliás, o art. 27, inciso I, da Lei n. 8.987.

Daí que, nesta particular hipótese, a transferência da concessão não representa burla ao princípio da licitação; a garantia do cumprimento das obrigações pela concessionária estará assegurada; o vencedor da licitação para a concessão não será preterido e prestará os serviços por intermédio de pessoa por ele controlada. Esta parece-nos a única hipótese possível de transferência da concessão.

Por todas as razões anteriormente mencionadas, é que a doutrina, de forma majoritária, se manifesta no sentido da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95, é o caso de Mello (2010, p. 722):

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que de direito, não se credenciou, ao cabo da disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferências da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração (...)

Nessa esteira segue também Mukai (2002, p. 53) para quem não resta dúvida de que o art. 27 e seu parágrafo único são inconstitucionais, na medida em que possibilitam burla ao princípio da licitação, com a consequente infração ao art. 175 da Constituição.

A controvérsia analisada neste estudo apresenta extrema relevância inclusive no âmbito judicial, destacando-se a ADI nº 2946, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a Procuradoria Geral da República requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8987/95, pautando-se nos argumentos aqui esposados.

## 4 CONCLUSÃO

Foram explicitadas as principais características que conformam o sistema das concessões de serviço público, com enfoque no regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.987/95, segundo o qual os serviços públicos que tiverem a sua prestação concedida a um particular, continuam tendo como titular o Estado. Dessa forma, optar pelo momento mais oportuno para que essa transferência ocorra é incumbência da Administração Pública, ainda que necessite de autorização legislativa para tanto, devendo, esta, zelar pelo seu bom funcionamento, de modo a garantir aos usuários a prestação de um serviço ininterrupto, de boa qualidade, ao menor custo possível e da forma mais eficiente.

Demonstrou-se que, ainda que as concessões tenham se mostrado uma alternativa adequada aos seus fins, a Constituição Federal, em seu art. 175, tratou de determinar a forma pela qual ocorreria esse deslocamento de atribuições, ou seja, através de licitação.

Em outras palavras, sempre que um particular viesse a assumir a prestação de um serviço público, isto necessariamente deveria se dar por meio de licitação pública prévia, a qual foi disciplina na própria Lei nº 8.987/95, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93.

Por tal razão, foi imperiosa a explicitação, em grossas linhas, dos contornos da licitação específica para a concessão de serviço público, a qual diverge substancialmente da licitação utilizada em outras formas de contratação, pois busca dar concretude a princípios específicos do sistema das concessões. Princípios esses que surgem, justamente, da distinção de maior relevo entre as contratações gerias e aquela realizada quando da concessão do serviço público, qual seja, o fato de no primeiro caso a remuneração provir diretamente da Administração Pública, enquanto, no segundo, advir do pagamento de tarifas pelos usuários.

Com isso, tentou-se destacar a presença do usuário como um terceiro elemento, o qual, controvérsias a parte, ainda que não seja parte formal do contrato de concessão é, seguramente, a parte mais importante na medida em que toda a estruturação dessa modalidade de prestação do serviço público se deu para que fossem, a eles, oferecidos melhores serviços, fato que deu ensejo à inclusão expressa de princípios como o da modicidade de tarifas, atualidade e cortesia.

Feitas essas necessárias considerações introdutórias, passou-se a tratar do problema específico proposto, qual seja, a possibilidade criada pelo art. 27 da Lei nº 8.987/95, de cessão da concessão sem a realização de licitação para a escolha do concessionário.

Antes, contudo, foi esclarecido que, segundo o regime jurídico aplicável, cumpre ao vencedor da licitação para a concessão executar diretamente o serviço, podendo, ele, subcontratar serviços acessórios e subconceder parte do objeto de sua concessão, desta vez, mediante realização de licitação para a escolha do subconcessionário.

Disto se extraiu que existe incongruência lógica dentro da própria Lei nº 8.987/95, na medida em que exige licitação para a subconcessão (que é o menos) e não a exige para a cessão total da concessão (que é o mais).

Foram utilizados como argumentos mestres na defesa da inconstitucionalidade do art. 27, a sua incompatibilidade com o art. 175 da Constituição Federal e o flagrante desrespeito ao princípio, este também constitucional, da isonomia, uma vez que impossibilita aqueles que possuem predados para de prestarem o serviço público objeto da concessão. Demonstrou-se que a licitação não busca apenas obter a melhor proposta para a Administração Pública, mas é instrumento apto a garantir a igualdade de oportunidades.

Foi demonstrada a carga ideológica consubstanciada na hipótese de cessão da concessão sem prévia licitação, consagrada no art. 27, no sentido de atribuir maior importância à liberdade da concessionária em escolher a cessionária da concessão do que a igualdade de oportunidades, que seria assegurada pela licitação, entre aqueles que possuem aptidão técnica e jurídica para a execução do serviço, alinhando-se, assim, ao modelo neoliberalista de Estado.

Por fim, foi noticiada a existência da ADI nº 2.946, a qual busca, justamente, a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95. O processo está concluso ao relator para voto.

Conclui-se, por tudo antes exposto, que deve ser declarada, nos autos da ADI 2.946, a inconstitucionalidade do, já tantas vezes citado, art. 27 da Lei nº 8.987/95.

Esta ação declaratória de inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador Geral da República, em atendimento à solicitação da Procuradoria Regional do Distrito Federal, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/95 por entender que representa burla ao art. 175 da CF/88. Esta ADIn está, agora, sob a relatoria do Min. Dias Toffoli.

Em sua manifestação a Advocacia do Senado Federal se manifestou no sentido da constitucionalidade do art. 27, pois ao criar tal dispositivo legal o legislador estava atento às necessidades contingenciais que poderiam inviabilizar a manutenção do serviço. Assim, é

possível, do ponto de vista constitucional, em vista da supremacia do interesse público e da necessidade de manutenção dos serviços públicos, o que por vezes só pode ser alcançado pela transferência da concessão.

A Consultoria da União, órgão ligado à Presidência da República, manifestou-se, em síntese, no sentido do indeferimento da pretensão da Procuradoria da República, por considerar que ao fazer a licitação originária já foi garantido, à Administração Pública, o acesso a melhor proposta, razão, pela qual, não há necessidade de nova licitação.

A AGU se manifestou no mesmo sentido, pela inconstitucionalidade.

A Procuradoria Geral da República, que antes apenas representava a Procuradoria da República do Distrito Federal por questões de legitimidade para a propositura da ADIn, manifesta-se, agora em nome próprio, pela inconstitucionalidade do art. 27, reiterando os argumentos esposados na exordial.

Desde 23/10/2009 o processo está concluso para voto do relator Min. Dias Toffoli.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

AMARAL, A. C. C. **Concessão de serviço público**. 2ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

ARAGÃO, A. S. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

BARROS JÚNIOR, C. **As concessões de serviço público**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66698/69308>>. Acesso em 9 de jun. 2014.

BLANCHET, L. A. **Concessões de Serviço Público**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

\_\_\_\_\_.Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 12 de jun. de 2014.

\_\_\_\_\_.Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 09 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_.Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

\_\_\_\_\_.Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

CARVALHO-FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen-Luris. 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo.** 24<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas. 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo.** 25<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

CHEVALLIER, J. **Le Service Public.** Paris: PUF. 1971.

DELANO, F. **Pregão à vela.** . 2009. Disponível em: <http://www.franklindelanoonline.com/2009/08/origem-da-licitacao.html>. Acesso em 08/05/2014.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 27<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas. 2011.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 1999.

DUPUIS, M. J. G. G.; GUÉDON, P. C. **Droit Administratif**. Paris: Daloz. 2004.

FARIA, E. F. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo**, 2ª . Ed., Malheiros Editora, 1995.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 1995

GARCIA de ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T. **Curso de Direito Administrativo**, trad. de Arnaldo Setti, Edit. Rev. dos Tribunais. 1991.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 1995

JUSTEN-FILHO, M. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 3ª Ed. São Paulo: Dialética. 2003.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KNOPLOCK, G. M. **Manual de direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 6ª Ed. Niterói: Impetus. 2012

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MEDAUER, O. **Usuário, cliente ou consumidor?** Revista Zênite: ILC Informativo de licitações e contratos. 173 ed. de jul. 2008.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MOTTA, C. P. C. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

MUKAI, T. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e à Lei n. 9.074/95 das concessões do setor elétrico (com alterações da Lei n. 9.648/98.** 4<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

NIEBUHR, J. M. As vantagens da modalidade pregão. Disponível em: <[http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo\\_pregao.pdf](http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pregao.pdf)>. Acesso em 20 de mai. de 2014.

NIEBUHR, J. M. Pregão presencial e eletrônico. 6<sup>a</sup> Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

PORTO-NETO, B. **Concessões de serviço público Público no Regime da Lei nº 8.987/95: Conceitos e princípio.** São Paulo: Malheiros. 1998.

PRESTES, C.; BATISTA, H. G. **Guia Valor Econômico de Licitação.** São Paulo: Globo. 2004

RIBEIRO, M. P.; PRADO, N. L. **Comentários à Lei de PPP – Fundamentos econômico-jurídicos.** São Paulo: Malheiros. 2007.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

WALD, Arnaldo e outros. **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões: Análise das Leis 8987/95 e 9074/95.** 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZOCKUN, M. **A Constituição e o PMI nas concessões: os confins do artigo 21 da Lei 8.987.** 2012. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/58071/a+constituicao+e+o+pmi+nas+conce+ssoes+os+confins+do+artigo+21+da+lei+8.987.shtml>>. Acesso em 22 de mai. de 2014.